

الطبعة الوحيدة الكاملة من:

كتاب المجموع

شرح المهدب للشيرازي

للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي

الجزء الحادي عشر

محققه وعائنه عليه وأكملته بعد نقصانه

محمد نجيب المطيعي

وحقوق الطبع محفوظة له

مكتبة الأرشاد

جدة - المملكة العربية السعودية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسائل المعدن

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان في الأرض معدن باطن كـمعدن الذهب والفضة دخل في البيع لأنه من أجزاء الأرض وان كان معدنا ظاهرا كالنفط والقار فهو كالماء مملوك في قول أبي علي ابن أبي هريرة ، وغير مملوك في قول أبي إسحاق ، والحكم في دخوله في البيع على ما بيناه في الماء ، وان باع أرضا وفيها ركاز أو حجارة مدفونه لم تدخل في البيع ، لأنها ليست من أجزاء الأرض ، ولا هي متصلة بها ، فلم تدخل في بيعها) •

(الشرح) والنفط (١) والقار (٢) •

(اما الأحكام) ففيه مسألتان (احدهما) المعدن على قسمين باطن وظاهر ، وقال القاضي أبو الطيب والماوردي : جامد وذائب •

(القسم الأول) الباطن قال صاحب الاستقصاء : أي غير متميز عن الأرض كالذهب والفضة والفيروزج والرصاص والنحاس وسماها القاضي أبو الطيب والماوردي معادن الجامدات فيدخل في بيع الأرض جزما لما ذكره المصنف ، ولا فرق بين المعدن المذكور وبقيه أجزاء الأرض ، إلا أن بعض الأجزاء أفخر من بعض ، ولا يجوز بيع معدن الذهب بالذهب ، ولا معدن الفضة بالفضة ويجوز بغير الأثمان قولاً واحداً ، وهل يجوز بيع معدن الذهب أو معدن الفضة بالذهب ؟ فيه قولاً الجمع بين بيع وصرف قاله الروياني •

(١ ، ٢) . بياض بالأصل فحرر (ش) قلت : النفط دهن أو زيت يستخرج من باطن الأرض وكان يستصبح به أما اليوم فمشتقاته أكثر من أن تحصر من وقود السيارات والطائرات و . . . و . . . أما القار أو القير فهو مادة خام النفط سوداء كانت تطلّى بها السفن الخشبية حتى لا يتآكل جسمها ولا يتسرب الماء إليها • (ط) •

(والقسم الثانى) المعدن الظاهر أى المتميز عن الأرض ، وهى أعين للمائع ، كالنفط والقار والموميا والملح والكبريت والزئبق ، والكلام فيه كالكلام المتقدم فى الماء حرفا يحرف ، ومن ذكر المسألة كما ذكرها المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى والرافعى وغيرهم ، وجزم الغزالى فى الوسيط بعدم الدخول فيه مع حكاية الخلاف فى الماء ، قال ابن الرفعة : وحمله على ذلك قول الامام اذا باع الأرض وفيها معدن ، فما يتجدد بعد البيع للمشتري ، وما كان مجتمعا فهو للبائع ولا تردد فيه ، بخلاف الماء ، فان من الناس من قال : لا يملك (قلت :) فان أراد الامام أن من الناس من لا يملك أصلا ولا بالحيازة كما هو وجه بعيد حكاه هو فصحیح ، أن ذلك الوجه لا جريان له فى المعدن ، لكن لا أثر لذلك فى مسألتنا لأن الكلام ما دام فى مقره قبل الحوز ، وان أراد به لا يملك ما دام فى البئر ، فالمعدن كذلك عند أبى اسحق القائل بذلك فى الماء ، كما صرح به المصنف هنا وغيره ، وهذا الذى ذكرناه فى بيع الأرض المشتتة على المعدن جار بعينه فى بيع الدار المشتتة على المعدن ، وفى الدار فرض الغزالى المسألة فى الوسيط .

(المسألة الثانية) اذا باع أرضا فيها ركاز أى كنز مدفون من ذهب أو فضة أو خشب أو آجر أو حجارة مدفونة أو غير ذلك سواء كان من دفين الجاهلية أو من دفين الاسلام لا يدخل فى البيع ، ولا يحل للمشتري أخذه اذا وجده ، لأن ذلك ليس من أجزاء الأرض ولا من نمائها ولا متمسلا بها ، فلم يدخل كمتاع البيت والطعام الذى فيه (والظاهر) أنه لمن ملكته منه الدار ، فاذا ادعاه فهو له ، وان لم يدعه فهو لمن ملكه البائع منه ، وعلى هذا أبدا . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد والمحاملى وغيرهم من الأصحاب .

(المسألة الثالثة) الأحجار على ثلاثة أقسام : (الأول) أن تكون مخلوطة فى الأرض ، فتدخل فى بيع الأرض كما يدخل قرار الأرض وطينها ، ثم هى على ثلاثة أضرب :

(الأول) أن يضر بالزراع والغرس جميعا فهو عيب اذا كانت مما يقصد لذلك ، وفيه وجه أنه ليس بعيب وانما هو هوات فضيلة وشرط الماوردى والمتولى فى كون ذلك عيبا أن تكون الأرض مبيعة بغير الغراس والزراع ، قال المتولى : فلو اشتراها للبناء فهى أصلح له

فلا خيار ، وينبغي أن يحمل كلامهما على ما إذا لم يكن مقصوده الزرع ،
والا فالبيع لا يعين جهة المنفعة فيه ، وليس كالأجارة •

(الضرب الثانى) يضر بالغراس دون الزرع لوصول عروق الغراس
اليها دون الزرع فوجهان (أحدهما) أنه عيب (والثانى) ويحكى عن
أبى اسحاق المروزى أنه ليس بعيب ولا خيار فيه ، لأن الأرض إذا
كانت تصلح للغرس دون الزرع أو الزرع دون الغرس لم يكن ذلك
عيبا لكمال المنفعة بأحدهما ، قال الرويانى : وكذلك لو كانت تصلح
للغرس دون الزرع ، قال الماوردى : (والأصح) عندى أن ينظر
فى أرض تلك الناحية ، فإن كانت مرصدة للزرع أو بعضها للغرس وبعضها
للزرع فليس هذا بعيب ، وإن كانت مرصدة للغرس فهذا عيب ، لأن
العرف المعتاد يجرى مجرى الشرط ، قال : ولعل اختلاف الوجهين
محمول على هذا التفصيل ، فلا يكون فى الجواب اختلاف ، لكن ذكرت
ما على وبينت ما اقتضته الدلالة عندى •

(قلت :) وهذا حسن ووافقه الغزالى فيه ، وهو يقتضى أنها
إذا كانت فى موضع غير معد للزرع ولا للغرس كالأراضى بين البنيان
فى كثير من المواضع فيكون فوات منفعة الزرع والغرس جميعا فيها
ليس بعيب ، ولذلك شرطنا فى أول الكلام تبعا للرافعى أن تكون مقصودة
للغراس والزرع ، واستثنى هو أيضا أن تكون الأرض مبيعة لغير
الغراس والزرع والله أعلم •

(الضرب الثالث) أن لا تكون مضرة بالغراس ولا بالزرع لبعد ما
بينهما وبين وجه الأرض فليس هذا بعيب ، ولا خيار للمشتري •

(القسم الثانى) من أحوال الحجارة أن تكون مبنية فى الأرض
كالتي تكون فى أساسات الجدارات وما أشبهها ، فهى داخلة فى البيع
أيضا لأنها موضوعة للاستدامة ، وهذا على المذهب فى أن بيع الأرض
يستتبع البناء ، والطرق التى تقدمت فى ذلك جارية فيه حرفا بحرف ،
كما اقتضاه كلام الامام وغيره ، قال فى البحر : وكذلك ان كان
البناء منهما أو كانت فى طى بئر خراب ، وهذا الكلام فى الدخول
(وأما) كونها عيبا فقد جعلها الرافعى من الشرط فى كونها عيبا إذا
كانت مضرة بالغراس والزرع كالمخلوقة • (وأما) الماوردى فإنه قال :

ان الغالب فيما بنى على الأرض من حجر أنه غير مضر بزرع ولا غرس ،
لأن العروق جارية في مسناة الأرض ومشاربها ، قال : فان كانت
كذلك فلا خيار ، وان كانت مبنية بخلاف العرف في موضع مضر بالزرع
فللمشتري الخيار على ما مضى الا أن يسهل قلعها لقصر المدة وقلة
المؤنة فلا خيار . أما اذا أثبتنا الخيار فاختار اتمام البيع ، فانه
بمسك الأرض والحجارة بجميع الثمن .

(القسم الثالث) أن تكون مدفونة فيها كما فرضه المصنف ، وقيل :
ان ذلك كان عادة أهل الحجاز ينحتون الأحجار ويدفنونها الى وقت
الحاجة اليها ولا خلاف أنها لا تدخل في بيع الأرض كالكنوز والأقمشة ،
نص عليه الشافعى رضى الله عنه والأصحاب وقول المصنف : ليست
من أجزاء الأرض احتراز من المعدن (وقوله :) ولا هى متصلة بها
احتراز من البناء والغراس ، ثم لا يخلو المشتري اما أن يكون عالما
بالحال أو جاهلا ، ان كان عالما فلا خيار له في فسخ العقد ، وان تضرر
بقلم التابع سواء كانت الأرض خالية عن غراس وبناء أو غير خالية ،
ودخل في العقد اما تبعا أو مع التصريح ، وللبائع النقل ، وان أضر بالمشتري
بأن كان تنقص قيمة الأرض أو الغراس أو الزرع الداخل في العقد
أو الذى أحدثه المشتري بعده أو لم ينقص ، وان أبى البائع القلع
فللمشتري اجباره عليه ، سواء كان تبقيتها تضر أو لا .

وفي الوسيط حكاية وجه أنه اذا لم يتضرر لم يجبره على النقل ،
وسياتى مثله فيما اذا كان جاهلا (والصحيح) الأول ، وان للمشتري
اجبار البائع على القلع والنقل تفريعا للكه بخلاف الزرع ، فان له
أمدا ينتظر ، ولا أجرة للمشتري في مدة القلع والنقل وان طالعت ،
كما لو اشترى دارا فيها أقمشة وهو عالم بها لا أجرة له في مدة النقل
والتفريغ ، ويجب على البائع اذا نقل تسوية الأرض وان كان المشتري
جاهلا بالحجارة فللحجارة بالنسبة الى الضرر في قلعها وتركها أحوال
أربعة (أحدها) أن يكون تركها غير مضر لبعدها عن عروق الغراس
والزرع ، وقلعها غير مضر ، لأنه لم يحصل في الأرض غراس ولا زرع
فالبائع لازم ، ولا خيار للمشتري ، وللبائع النقل ، وللمشتري
اجباره عليه على المذهب ، وحكى الامام وجها ضعيفا أنه لا يجبر والخبرة
للبائع والمذهب الأول قال الأصحاب : فلو سمح بهما للمشتري لم

يلزمه القبول ، لأنها هبة محضة والرافعى أطلق تصوير المسألة في نفى الضرر فلم يحتج الى زيادة على ذلك ، والماوردي أراد بالضرب الزرع والغراس ، فلذلك قال ما نذكره ملخصا من كلامه وكلام غيره ، وهو أنه اذا قلعها - فان كان المشتري عالما بالحجارة - فلا أجره له على البائع في مدة القلع ، لأن علمه بها يجعل قلعها مستثنى ، كتنقية ثمرة البائع على نخل المشتري ، وان كان المشتري غير عالم بالحجارة فان كان زمان القلع يسيرا لا يكون لمثله أجره كيوم أو بعضه ، قاله الماوردي وغيره ، فلا أجره على البائع وان كان كثيرا كيومين وأكثر قاله البندنجي •

فان كان بعد قبض المشتري وجب على البائع أجره المثل على الصحيح ، لتفويته على المشتري منفعة تلك المدة ، وهل يجب عليه تسوية الأرض واصلاح حفرها بقلع الحجارة ؟ فيه طريقتان (أحدهما) القطع بالوجوب ، وهو قول الماوردي (والثانية) على وجهين في التهمة ، ولا خيار للمشتري ، كما لو قطع البائع يد العبد المبيع بعد القبض وجب الأرض ولا خيار ، وان كان قبل قبض المشتري ففي وجوب الأجره على البائع وجهان (أحدهما) نعم كما بعد القبض (والثاني) ونسبه الماوردي الى جمهور أصحابنا أنه لا أجره عليه لأن منفعة الأرض قبل القبض مفوتة على المشتري بيد البائع على الأرض أخذا من أن جنايته كالآفة السماوية (فأما) تسوية الأرض واصلاح حفرها ففيه طريقتان قال الماوردي : فلا يجب على البائع وجها واحدا ، لكن يجب بذلك للمشتري خيار الفسخ لأنه عيب ، كما لو قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض ، وقال غيره : فيه وجهان •

(الحالة الثانية) أن يكون تركها مضرا لقربها من عروق الغراس والزرع وقلعها مضرا في الأرض من غراس وزرع ، فان كان المشتري عالما بالحجارة وبضررها فلا خيار له في الفسخ ، ولا أجره له في القلع ، وان كان جاهلا اما بالحجارة واما بضررها ، وأما في القلع وأما في الترك فله الخيار ، هكذا يقتضيه كلام الأصحاب وقال الرافعى : للمشتري الخيار سواء جهل أصل الأحجار أو كون قلعها مضرا فأغفل قسما آخر لم يشمل كلامه وهو ما اذا كان عالما بالأحجار ويكون قلعها مضرا ولكن جهل كون تركها مضرا فمفهوم كلامه أنه لا يثبت له

الخيار ، وليس كذلك لأنه لا فرق بين ضرر الترك وضرر القلع في ذلك ، وقد يطمع في أن البائع يتركها فلا يحصل ضرر .

إذا علم ذلك فإذا ثبت الخيار قال الأصحاب : لا يسقط خياره بأن يترك البائع الأحجار ، لما في بقائها من الضرر ، وهل يسقط الخيار بأن يقول للمشتري لا تفسخ لأغرم لك أجرة مدة النقل ؟ فيه وجهان عن رواية صاحب التقريب (أصحابهما) عند الامام والرافعي لا ، كما لو قال البائع : لا تفسخ لأغرم لك الأرض ، ثم ان فسخ رجع بالثمن والا فعلى البائع النقل وتسوية الأرض ، سواء كان النقل قبل القبض أم بعده ، هكذا قال الرافعي ، وقد تقدم عن الماوردي أنه إذا كان قبل القبض لا تجب التسوية وجها واحدا بل يثبت به الخيار ، وكذلك صرح به هنا هو والشيخ أبو حامد ، ورجحه الروياني (أما) بعد القبض فتجب التسوية على المشهور ، وقد تقدم ذكر وجهين في التتمة ، وفي أجرة النقل ثلاثة أوجه .

(ثالثها) وهو الأظهر وهو قول أبي اسحاق المروزي على ما نقله أبو الطيب الفرق بين أن يكون النقل قبل القبض فلا يجب ، أو بعده فيجب (والصحيح) عند الشيخ أبي حامد أنها لا تجب مطلقا ، والكلام في وجوب الأجرة والتسوية في هذا القسم والذي قبله واحد . وكذلك لم يتكلم الرافعي عليه الا في هذا القسم .

واعلم أن الرافعي رحمه الله تعالى أطلق الخلاف في وجوب الأجرة هكذا ومن جملة أقسام ما فرضه أن يكون عالما بالحجارة جاهلا بضررها ، مع أن الرافعي أطلق أولا أيضا أنه متى كان عالما بالحوال فلا أجرة ، وقد يقع بين هذين الكلامين التباس ، فالصواب في بيان ذلك وتحرير حمل وجوب الأجرة ما قاله ، والقاضي أبو الطيب والماوردي جملا محله إذا كان جاهلا بالحجارة وبضررها فإن كان عالما بالحجارة غير عالم بضررها فإنه يثبت له الفسخ لعدم علمه بالضرر ، ولا يستحق الأجرة ، وان أقام لعلمه بالحجارة ، وان العلم بها يجعل زمان قلعها مستثنى وكذلك قال في القسم الذي تقدم ، وينبغي أن ينزل كلام الرافعي على هذا التفصيل ، فإنه مع العلم

بالحجارة يمنع ايجاب الأجرة كالثمرة المؤبرة وزمان تفريغ الدار من القماش^(١) وما أشبه ذلك •

قال الرافعى : ويجرى مثل هذا الخلاف فى وجوب الأرض لو بقى فى الأرض بعد التسوية نقصان وعيب ، وكذا قاله القاضى حسين ، فسلكا بالأرض مسلك الأجرة ولم يسلكا ولا من وافقهما فيما تقدم بالتسوية مسلك الأجرة ، بل أوجبوها مطلقا ، وكذلك الشافعى رضى الله عنه فى الأم أطلق وجوب التسوية وهو الذى قاله المحاملى والقاضى حسين والامام ، وابن أبى هريرة أيضا أوجب التسوية قبل القبض ، ولم يوجب الأجرة كما فعل الرافعى ، وقد يقال فى الفرق : ان المنافع والأوصاف لا يقابلها شىء من الثمن ، فلذلك ثبت له الخيار فقط ، لأنه عيب ولم يضمن تخريجا على أن جنابة البائع كالألفة السماوية •

(وأما) الحفر فى الأرض فانه أذهب بعض أجزاء المبيع ، لأن التراب بعض الأرض فيجب عليه اعادتها ولذلك قال ابن الرفعة خيال ضعيف ، ثم هو غير مستمر لأن التراب الذى كان فى موضع الحفر كان قد بان وسلك به مسلك الأجزاء ، فينبغى انفساخ العقد فيه ، وليس كذلك ، وإن كان باقيا قد أزاله عن ذلك الموضع عيب فرده من باب ازالة العيب ولا يلزمه ، وإيجاب عين أخرى يسوى بها الحفر أبعد والله أعلم ، وممن صرح بأن الأرض كالأجرة صاحب التقريب فيما حكاه عنه الامام أنه حكى فى الأرض الأوجه الثلاثة التى فى الأجرة ، وقد جعل صاحب التتمة حكم التسوية قبل القبض مبنيا على جنابة البائع (ان قلنا) كالألفة السماوية لم يجب ، وهذا يوافق ما ذكرناه عن الماوردى وهو الصواب •

وحكى صاحب التتمة وجهين فى وجوب التسوية بعد القبض ، لأن التسليم فى القدر المتصل بملكه لم يتم كما يقوله فى وضع الجوائح ، والشافعى رحمه الله تعالى فى الأم أطلق وجوب التسوية ، ولم يفصل بين ما قبل القبض وبعده ولذلك قال ابن الرفعة : ان الذى يقع فى النفس صحته الجزم بوجوب التسوية ، والاجبار عليها

(١) هو ما على وجه الأرض من فتات الاشياء •

كما هو ظاهر النص وقول الجمهور ، ولا نظر الى ما بعد القبض وقبله ، فان التسوية عبارة عن الموضع الذى يجب تسليمه فيه الى غيره وجب عليه اعادته الى ذلك الموضع بلا خلاف وعقب الطلب ، انتهى •

واعلم أن الشافعى والأصحاب رضى الله عنهم المطلقين وجوب التسوية لم يبينوا ما اذا كانت مواضع الأحجار تحتاج فى تسويتها الى تراب آخر هل يلزم البائع احضاره من خارج ؟ أو تسويتها ببقية الأرض ؟ أو يعيد الى تلك الحفر التراب الذى أخذ منها بالقلع خاصة ؟ وان لم يحصل به سدها كما أشعر به كلام ابن الرفعة المتقدم ، لكن المفهوم من لفظ التسوية هذا القسم الآخر ، فإنه لا تسوية فيه لاسيما اذا كان مواضع الحجارة حفرا كبارا ، والتراب الذى فوق الحجارة يسير ، فاذا قلعت الحجارة بقى موضعها حفرا لا يسده ذلك التراب الذى فوقها ، ولا تتساوى ببقية الأرض ، فحمل التسوية على هذا المعنى فيه بعد وعلى تقدير ارادته يتجه الجزم بوجوب التسوية ، وفاء بمقتضى العقد ، وتسليم المعقود عليه على حاله ، وسواء فى ذلك اذا لم يحصل بنقل التراب عن محله بالقلع عيب فى الأرض أو حصل ولكن أجاز المشتري ، فان الاجازة لا تمنع من المطالبة بتسليم عين أجزاء المبيع على حالها •

وعلى هذا لو عدم ذلك التراب المنقول بالكلية وكان له قيمة ينبغي أن يكون كتلف بعض المعقود عليه ، وان كان المراد القسم الثانى ، وهو تسويته ببقية الأرض فبعيد ، لأنه لا يحصل بذلك اعادة المبيع الى ما كان ، بل يتغير كله ، وان كان المراد التسوية بالتراب المقلوع ، فان لم يكف فبتراب جديد ، فحينئذ لا يتجه الجزم بوجوبه ، لأن الزام البائع بتراب جديد لم يضع يده على مثله مع اجازة المشتري العقد بعيد ، بل الذى يتجه أن يقال : ان البائع يجب عليه كمال التسليم بمقتضى العقد ، ومن ضرورته قلع الأحجار وازالة التراب اللازم ثم اعادته على ما كان فان لم يحصل بذلك زيادة عيب فلا كلام ، وان حصل عيب قبل القبض وكان المشتري قد أجبر البائع على القلع بعد اطلاعه على الأحجار ، وعلمه بالحال ، فلا شيء له غير رد التراب ، لأن اجباره على القلع رضا بما يحصل منه من العيب •

وان جهل الحال — فان حصل ذلك قبل القبض — ثبت له الخيار ، فان فسخ فذلك ، وان أجاز وجب التراب خاصة ، وان كان بعد القبض وكان ذلك مع جهل المشتري بالحال ، فان العقد لم يتضمنه ، وجهل المشتري أثبت له الخيار ، فاذا أسقطه بالاجازة لم يبق له شيء آخر ، ثم التعيب الحاصل من القلع ان فرض ، غايته أن يجعل لتقدم سببه كعيب حاصل في يد البائع ، والمشتري قد رضى به لما ألزمه البائع بالقلع الذى ذلك التعيب من لوازمه ، فلا شيء له ، سواء كان قبل القبض أم بعده ، ولعل ذلك مأخذ الشيخ أبى حامد ومن وافقه في قولهم ، بأن التسوية لا تجب مطلقا قبل القبض وبعده ، ولكنه خلاف نص الشافعى رضى الله عنه ، وحينئذ اختار طريقة مفصلة وهى أن إعادة التراب الزائل بالقلع واجبة والزائدة على ذلك ان وقع ذلك قبل القبض وحصل به عيب خرج على جنابة البائع (والأصح) أنها كالألفه السماوية فيقتصر على اثبات الخيار وان كان بعد القبض فيتخرج على القطع في يد المشتري بالسرقة السابقة في يد البائع (والأصح) أنه من ضمان البائع فتجب التسوية ان وقع بغير مطالبة المشتري ، وان وقع بمطالبة المشتري ففيه نظر ، وفي مأخذ الخلاف في الأرض ولزوم التسوية مزيد كلام مذكور في الغصب ، هذا كله ، اذا كان لذلك الزمان أجرة ، والا فلا أجرة على ما تقدم قال الماوردى : وعلى جميع الأحوال ليس للبائع اقدام الحجارة في الأرض ان أقام المشتري على البيع *

(والحالة الثالثة) أن لا يكون في قلعها ضرر ، ويكون في تركها ضرر ، فيؤمر البائع بالقلع والنقل ، ويجبر عليه ، ولا خيار للمشتري كما لو اشترى دارا فلحق سقفها خلل يسير يمكن تداركه في الحال ، أو كانت منسدة البالوعة فقال : أنا أصلحه وأنقيها ، لا خيار للمشتري (قلت) وههنا أولى بعدم الخيار ، لأن البائع مأخوذ بدفع الضرر عنه ، وهناك لا يلزم البائع الإصلاح وازالة الخلل ، ثم ان الماوردى على عادته لما فسر الضرر بضرر الغراس والبنساء قال : ثم القول في الأجرة وتسوية الأرض على ما مضى ، فان أطلقت الكلام كما صنع الرافعى لم يحتاج الى ذلك ، وقد ذكر المصنف هذه الحالة في باب الرد بالعيب وسنشرحها هناك ان شاء الله تعالى *

(الحالة الرابعة) أن يكون في قلعها ضرر ولا يكون في تركها ضرر ،
 فللمشتري الخيار إذا كان جاهلا ، فان أجاز ففى الأجرة والأرض
 ما مر ولا يسقط خياره بأن يقول : أقطع وأغرم الأجرة أو أرض
 النقص ، قال صاحب التهذيب : ويجىء فيه مثل الخلاف المذكور في
 الحالة الثالثة ، ولو رضى البائع بترك الأحجار في الأرض سقط خيار
 المشتري ابقاء للعقد ثم ينظر ان اقتصر على قوله : تركتها فهل هو
 تمليك أو مجرد اعراض لقطع الخصومة ؟ فيه وجهان حكاهما الرافعى ،
 وهما كالوجهين في ترك النعل على الدابة المردودة بالعيب (أحدهما)
 أنه تمليك ليكون في مقابلة ملك حاصل (وأظهرهما) أنه قطع للخصومة
 لا غير ، وبالأول أجاب الماوردى •

وينبنى على الوجهين ما لو قلعها المشتري يوما ما وأبدى للبائع
 في تركها هل يمكن من الرجوع ؟ والأكثر أن له ذلك ، ويعود خيار
 المشتري ، وهو القياس ، وقال الماوردى والامام : لا رجوع ،
 ويلزم الوفاء بالترك الا اذا جرت حالة يزول فيها المعنى المقتضى للترك ،
 وقال الماوردى : لأنه يجرى مجرى الإبراء الذى لا يجوز الرجوع
 فيه ، ولا يعتبر فيه القبول ، وادعى الامام أنه لا خلاف فيه وان
 قال : وهبتها منك فان رآها قبل ووجدت شرائط الهبة حصل الملك
 ومنهم طرد الخلاف لانتفاء حقيقة الهبة ، وانما المقصود دفع الفسخ
 وان لم توجد شرائط الهبة ففى صحتها للضرورة (وجهان) ان
 صححناها ففى افادة الملك ما ذكرنا في الترك ، قال أكثر هذا الكلام
 الامام والرافعى رضى الله عنهما ، ولم يتعرض لأن المشتري يجبر
 على ذلك أولا وقد قال القاضى أبو الطيب : البائع اذا قال : وهبت
 الحجارة ففى اجبار المشتري على قبولها وجهان مبنيان على القولين
 فيما اذا باع ثمرة فحدثت ثمرة أخرى واختلطت بالأولى فوهبتها
 هل يجبر على قبولها ؟ فيه قولان (ان قلنا :) لا يجبر فلأنها هبة مجهولة
 فلا تصح ، وأيضا فلا يجبر على قبول ملك غيره (والثانى) يجبر ،
 لأن بقبولها يزول الضرر •

(فان قلنا) لا يجبر ، فعلى البائع نقلها ، فان لم يسمح البائع
 بترك الأحجار ثبت للمشتري الفسخ ، فان فسخ رجع بالثمن ، وان
 أقام فهل للبائع القطع ؟ نظر ان كانت الأرض بيضاء أو مفروسة

بغرس متقدم على البيع أو متأخر فله ذلك ، ثم الحكم فيه يأتي ان شاء الله تعالى . وإن كانت مزروعة بزرع المشتري قال الماوردي : فعلى البائع ترك الأحجار الى انقضاء مدة الزرع ، لأنه زرع غير متعمد به قلما يقلع قبل حصاده ، فاذا حصد المشتري زرعه قلح البائع حينئذ حجارته ، ولزمه أجره الحجارة بعد القبض وتسوية الأرض ، ووافقه صاحب التهذيب فقال : اذا كان فوق الأحجار زرع للبائع أو للمشتري فإنه يترك الى أوان الحصاد ، لأن له غاية بخلاف الغراس ، قال الرافعي : ومنهم من سوى بينه وبين الغراس .

(فرع) تقدم أنه اذا لم يكن في القلع ضرر أو كان فيه ضرر يسير يمكن تداركه عن قرب أنه لا خيار للمشتري . ومحل ذلك على ما يقتضيه كلامه اذا بادر البائع اليه ، فلو تقاعد عنه كان للمشتري انخيار ، قال ابن الرقعة : وقد يقال : بل يجبر على ذلك كما يقتضيه كلام الغزالي وغيره ، تبعاً لظاهر النص ، يعنى في وجوب تسوية الأرض على البائع لأن في ذلك محافظة على اتمام العقد .

(فرع) في هذه الحالة فأما الغراس الذي وعدت بذكر حكمه اذا أقام المشتري على البائع وليس فيها زرع وكان فيها غراس فإن للبائع قلح حجارته مطلقاً ثم لا يخلو اما أن يكون ذلك الغرس متقدماً على البيع قد دخل ، واما أن يكون المشتري استجده ، فإن كان متقدماً فإن قلعه بعد القبض فعليه الأجرة على الصحيح وأرش النقص وتسوية الأرض على ما تقدم ، وتعييب الأشجار بالأحجار كتعييب الأرض في اثبات الخيار وسائر الأحكام ، وإن كان قبل القبض لم يلزمه التسوية ولا أرش النقص على ما تقدم ، وقد مر في مثله كلام الرافعي ومن وافقه ، وفي الأجرة وجهان (أصحهما) لا ، ولو سمح البائع بترك الأحجار وكان القلع والترك يضربان ، ففي ثبوت الخيار وجهان ، حكاها المحاملي (أصحهما) الثبوت ، لأنه ابتاع أرضاً على أن فيها غراساً ، فاذا خرجت على خلاف ذلك فقد لحقه نقص وضرر ، هكذا قال ، وفي نظيرها فيما اذا كانت الأرض بيضاء لم يتقدم لنا خلاف في سقوط الخيار ، وقال الامام في الأرض المغروسة فيما اذا كان القلع يضر دون الترك ، وسمح البائع بالترك حتى لا يتعييب الغراس بالقلع ، لأن الأئمة أجمعوا على أن الخيار يبطل ، وإن كان

الغراس أحدثه المشتري بعد الشراء فان أحدثه عالما بالأحجار فللبائع قلع الاحجار . وليس عليه ضمان قلع الغراس وسقط خيار المشتري .
وان أحدثه جاهلا ففى ثبوت الخيار وجهان (وجه) الثبوت ان الضرر ناشئ من ايداعه الأحجار فى الأرض (والأصح) انه لا يثبت لرجوع الضرر الى غير المبيع ، وبناءهما القاضى حسين على ما اذا باع شجرة عليها ثمرة بعد يدو الصلاح ثم حدثت ثمرة اخرى واختلطت بالمبيعة ، قال الرويانى : فان كان قلعها يضر وتركها لا يضر . وسمح البائع بالحجارة للمشتري أجبر على قبولها ولا خيار له ، فان كانت الأرض تنقص بالحجارة أيضا فان لم يورث الغرس وقلع الغرس نقصانا فى الأرض ، فله القلع والفسخ ، وان أورث القلع أو الغرس نقصانا فلا خيار فى الفسخ ، اذ لا يجوز له رد المبيع ناقصا ، ولكن يأخذ الأرض .

واذا قلع البائع الاحجار فانتقص الغراس فعليه أرش النقص بلا خلاف هذا ما قاله الرافعى . وقال المحاملى : لا فرق بين أن يغرس البائع ويبيع أو يبيع بلا غراس ثم يغرس المشتري ، وقال الماوردى : وان كان الغراس استحدثه المشتري بعد البيع فهذا لا يكون الا بعد القبض فيلزمه — يعنى البائع — الأجرة ونقص الغرس وتسوية الأرض ، والتفصيل الذى قاله الرافعى أولى ، وما قاله الماوردى من أن ذلك لا يكون الا بعد القبض وكذلك قال فى الزرع ، فكأن ذلك محمول على الغالب ، والا فيمكن أن يحصل للمشتري فى الأرض المبيعة قبل قبضها غرس أو زرع ، وحينئذ يعود الكلام فى وجوب الأجرة ، وجميع ما سبق من الاحكام التى تختلف قبل القبض وبعده .

وأما أرش نقص الغراس هنا فانه واجب على كل تقدير . لأن الغراس ليس بمبيع حتى يخرج على جنائية البائع قبل القبض وهذه الأحكام التى ذكرتها فى الغراس والزرع ذكرها الماوردى فى هذه الحالة الرابعة ، والرافعى ذكرها ذكر ما لا اختصاص له بها ولا شك أنها قد تأتى فى غيرها كما لو لم يجبر المشتري البائع على القلع فى الحالة الأولى أو فى الحالة الثالثة ، فان القلع يكون جائزا للبائع ، ويأتى فيه من التفصيل ما ذكر هنا ، والله أعلم .

(فسرع) تكلم الامام وقبلة القاضى حسين فى أنه لم أوجبوا تسوية الحفر على البائع ؟ وعلى الغاصب اذا حفر فى الأرض المنصوبة ؟

ولم يوجبوا على من هدم الجدار أن يعيده ؟ وإنما أوجبوا الأرض ؟
وأجابا عنه بأن طم الحفر لا يكاد يتفاوت ، وبينان الأبنية يختلف
ويتفاوت ، فشبه ذلك يذوات الأمثال وهذا يذوات القيم حتى لو رفع
لينة أو لينتين من رأس الجدار وأمكن البزد من غير اختلاف في الهيئة
كان ذلك كطم الحفر •

(فرع) ذكره المحاملى هنا قال أبو اسحاق : اذا باع عبدا
فقال المشتري : هو أبقي ، وقال البائع : أنا أحضره الساعة وأحضره لم
يكن للمشتري خيار (قلت :) وصورة ذلك كما صرح به غيره ما اذا
اشتراط البائع الإبقاء ثم أبقي في يد البائع قبل القبض ، فاذا أمكنه رده
عن قرب لم يثبت الخيار •

(فرع) ذكر الامام في آخر كلامه كالمضايط لما تقدم أنه مهما
فرض ضرر لا يندفع فإن كان المشتري عالما فلا خيار ولا أرض ، فإن
كان جاهلا ثبت الخيار ، فإن فسخ فذاك ، وإن أراد ، وأراد الزام
البائع أرض النقص وإن لم يتمكن البائع من دفع الضرر بترك الحجر ،
وكان الضرر في تركه ونقله ، ففي الأرض الأوجه من جهة أن المشتري
يجد خلاصها بالفسخ ، فهو كاطلاعه حالة العقد ، وأن النقص ظهر
بعد العقد بفعل منشؤه البائع ، أما قبل القبض أو بعده مستندا الى
سبب متقدم كقتل العبد المرتد ، وإن تمكن من دفع الضرر بترك الحجر
فلا يلزمه الترك ، ولكن لو فعل وظهر الضرر فمن أصحابنا من قال
في تغريم البائع ما تقدم من الخلاف ، ومنهم من يقطع بتغريمه في
هذا القسم ثم ينتظم على هذا تعطل المنافع من غير نقص في رقبة
المبيع • وقد ذكروا الخلاف في الأجرة فما وجه ترتبها ؟ والفرق
لائح ؟ فإن المنافع ليست معقودا عليها ، ولو قيل : القدر الذي
يفرغ البائع فيه المبيع غير داخل في استحقاق المشتري لم يكن بعيدا ،
والمبيع كله مستحق للمشتري بأجزائه وصفاته •

(فرع) تقدم أن الأصح في الأجرة أنها لا تجب قبل القبض ،
وتجب بعده ، وأن ذلك قول أبي اسحاق المروزي على ما نقل أبو الطيب ،
وفي البحر قال الماسرجسي : قال اسحاق (١) في بغداد قبل خروجه

(١) كذا بالأصل ولعله قال الشافعي ، والله أعلم (ط)

الى مصر : له الأجرة ، يعنى قيل القبض ، قال القاضى الطبرى : وهذا محتمل عندى لانه نص فى المويطى على أن البائع اذا قطع يد العبد المبيع فالمشتري بالخيار بين الفسخ والاجازة مع الأرض ، فاذا نص فى الأرض فالأجرة مثله ، وبنى القفال ذلك على أن جنابة البائع كالأمة السماوية أو كجنابة الأجنبى .

(فرع) تقدم الكلام فى أن للمشتري الخيار عند وجود شروطه المتقدمة ، وان الأجرة والأرض يفصل بينهما بين ما قبل القبض وبعده ، وهل يثبت خيار للمشتري بنقص الأرض بالقلع ؟ تقدم عن الماوردى فيما قبل القبض أنه يثبت ، وذلك ظاهر ، لانه عيب حدث قبل القبض وقال الرويانى : انه ان كان بعد القبض فيثبت أيضا ، لأن سببه كان موجودا قبل القبض .

(فرع) اذا اختار المشتري الامساك فيما اذا كانت الأرض المذكورة مشتملة على شجر داخل فى البيع وكان قلع الحجارة يضر وتركها يضر ، فالحكم فى التسوية والأجرة على ما تقدم وفى أرض النقص طرق حكاهما الرويانى .

(أحدهما) لا أرض لأنه رضى بالنقص وقال أبو اسحاق : هو كالأجرة ان كان قبل القبض لم يلزم وان كان بعده لزم . وقال ابن سريج : بعد القبض يلزم قولاً واحداً وقبله قولان . وقال بعض أصحابنا بخراسان : فيه وجهان قبل القبض وبعده والأصح أنه يجب .

(فرع) قال الرويانى : فلو كان قلع الأشجار يضر وتركها لا يضر ، واختار البائع الترك ، لا خيار للمشتري ، وهل تملك بالترك ؟ على ما تقدم وقال القفال : لو قلع المشتري تلك الأحجار بعد ذلك فهل للبائع قلع الأحجار ؟ وجهان مبنيان على ما لو أتلّف حنطة فلم يوجد مثلها فغرم المثل ، ثم وجد المثل ، هل له رد القيمة ومطالبته بالمثل ؟ وجهان وان اختار القلع فالمشتري الخيار لأنه يضر بالمبيع ، ولا فرق بين أن يقول له البائع : أنا أعطيك أرض النقص أو لم يقل وليس كما اذا اختار الترك ، فانه لا نقص فى الترك ، فان اختار المشتري الامساك فالحكم فى التسوية والأجرة وأرض النقص على ما مضى .

(فرع) اذا غرس المشتري بعد العلم بالحجارة سقط رده
كما تقدم ، ثم ان كان قلع الأحجار وتركها مضرين فللبائع القلع
وللمشتري المطالبة به ، ثم اذا قلع قال الروياني : يلزم البائع أرش
النقص قولاً واحداً ، لأنه حول ملكه عن الأرض بأدخال النقص
على الغير ، فان كان مراد الروياني نقص الأرض فظاهر ، وان كان
المراد نقص الغراس فقد تقدم عن الرافعي خلافه ، وأنه لا يضمن
نقصه وذلك هو الظاهر ، فإنه متمد بالغرس ، والله أعلم .

وان كان قلعها يضر وتركها لا يضر فان اختار القلع قال الروياني :
فعليه أرش النقص قولاً واحداً ، والكلام فيه كما تقدم ، وليس
مراده الا الغراس فإنه قال عقيب ذلك وكيفية التقويم أن يقال : كم
يساوي هذا الشجر ولا نقص ؟ فيقال : مائة ، فيقال : وكم يساوي
وبه هذا النقص ؟ فيقال : تسعون فيقول : نقص العشر ، فتلزم حصته
من القيمة ، وان اختار البائع الترك فهل يملكها المشتري ؟ فعلى
ما ذكرنا .

(فرع) قال الروياني وغيره : ولو كان البائع زرع فيها زرعاً
وباعها مع الزرع وتحتها أحجار يعنى والمشتري جاهل بها فليس للبائع
أن يقلع الأحجار ما لم يحصد الزرع اذا كان قلعها يضر بالزرع ،
وأن الزرع يختص بالبائع فالضرر يختص به والخيار اليه .

(فرع) قال الغزالي رحمة الله عليه فيما نقل ابن أبي الدنم :
إن العراقيين نقلوا أنه يجب على الغاصب أرش نقصان الحفر ،
ويريد به : ولا يلزمه التسوية وفي مسألة البيع يلزمه التسوية ، ومعناه :
ولا يلزمه أرش النقص ، واختلف الأصحاب في ذلك على طريقتين منهم
من قال : يلزمه أرش النقص في المسألتين دون تسوية الحفر فيهما .
ومنهم من قال : يلزمه التسوية في المسألتين دون أرش النقص ومنهم
من فرق بعدوان الغاصب فيلزمه الأرض بخلاف البائع فيلزمه التسوية .

(فرع) زرع المشتري الأرض ولم يعلم أن تحتها حجارة ، وفي
قلعها هلاك الزرع ، لم يمكن البائع من قلعها لأن للزرع غاية فيؤمر
بالتوقف بخلاف الغراس ، قاله صاحب التتمة وغيره ، ونص عليه

الشافعي رضى الله عنه • وكذلك فيما اذا علم المشتري بالحجارة وترك البائع القلع ، ثم أراد بعد زرع المشتري لم يكن له ذلك حتى يحصده المشتري ، كما حمل ابن الرفعة نص الشافعي عليه ، قال الرافعي : ومن الأصحاب من يسوى في الحالتين بينه وبين الغراس •

(فرع) شبه المتولى الخلاف في ثبوت الخيار اذا اشترى الأرض وغرسها بعد الشراء ثم ظهر فيها أحجار بما اذا باع الشجرة وبقي لنفسه الثمرة ، فحدثت ثمرة أخرى واختلطت بها ، فمن قال هناك يجعل الحادثة كالمبيعة في حكم الاختلاط • قال ههنا : ان الضرر الذي يلحقه في الغراس الحادث كالضرر الذي يلحقه في الأشجار المشتراة ، يعنى لأنه استحق بالشراء أن يغرس فيها ، فجعلنا الضرر الذي يلحقه في حق من حقوق المبيع كالضرر الذي يلحقه في نفس المبيع ، نزال : وأصل المسألتين اذا اشترى جارية فوطئها ، ثم استلقت، فعزم المهر هل يرجع بالمهر على البائع أم لا ؟ شلى قول يرجع لأنه ضمن له سلامة الوطء فاذا لم يسلم يرجع عليه ، وكذا هنا ضمن له سلامة غراسه ، والثمار الحادثة ، فجعلنا الخلل الحاصل في واحد منهما كالخلل في عين المبيع ، وفرض المتولى المسألة فيما اذا كان قلعهما يضر بالغراس ، وتركها لا يضر ، وقد تقدم حكاية الخلاف عن الرافعي في ثبوت الخيار مطلقا •

(فرع) قال الشيخ أبو محمد الجويني في السلسلة لما ذكر الوجهين في وجوب الأجرة على البائع للمدة التي مضت في نقل الحجارة ، وبناهما على أن جنائية البائع كالأفة السماوية • وكنجائية الأجنبي قال : فان قيل : القبض هنا حاصل ، والمذهب لا يختلف أن جنائية البائع بعد القبض كجنائية الأجنبي • وانما القولان قبل القبض (قلنا :) البائع اذا سلم الأرض وفيها حجارة مستودعة مانعة من الانتفاع فانها مانعة من كمال صفة القبض فذلك ألحقناها بالحالة الأولى ، وهذا الذى قاله انشيخ قد تقدمت الاشارة اليه ، ولكنى أحببت نقله من كلامه •

(فرع) من تنمة الكلام في المسائل المتقدمة لو كان الغراس داخلا في بيع الأرض : ونقل الحجارة مضر به ، قال الامام : وليس

لقائل أن يقول في حالة الجهل واضرار الغراس ونحوه أنه يتمتع عليه النقل وفاء بموجب البيع ، وقياماً بتسليم الأرض والأشجار له .

(فسر) قال الرافعي رحمه الله : لو باع داراً في طريق غير نافذ دخل حريمها في البيع ، وفي دخول الأشجار الخلاف الذي سبق ، وإن كان في طريق نافذ لم يدخل الحريم والأشجار في البيع ، بل لا حريم لمثل هذه الدار ، كذا ذكرها الرافعي قال : إذا قال : بعثك هذا البستان أو الباحة دخل في البيع الأرض والأشجار والغراس ، وكل ما له من النباتات أصل لا خلاف في المذهب في ذلك ، وفي دخول البناء الذي فيه ما سبق في دخوله تحت الأرض ، وقال الغزالي : إن أظهر عدم الدخول جرياً على قاعدته (وأما) على المذهب فإنه يدخل ، وإن قيل بالجزم بالدخول كان له وجه فإن البستان وإن كان قد يخلو عن البناء ولكنه إذا كان مشتملاً عليه تناول اسمه جميع ذلك ، وهو كالاhtمال الذي في دخول الشجر في بيع الدار ، وهو هنا أقوى ، لأن اشتمال البساتين على البناء أكثر من اشتمال الدور على الأشجار غالباً ، ويندر أن يكون بستان لا بناء فيه .

وجزم الرافعي بدخول الحائط ولا وجه لذلك ، بل هي من جملة الأبنية ، فالجزم فيها مع طرد الخلاف في غيرها غير متجه ، ولا مساعد عليه عند الأكثرين ، هذا والمساوردي أطلق طرد الخلاف في البناء من غير تفصيل ، والرويانى في البحر صرح بأن البناء والجدار المحيط على الطرق ، وأن بعض أصحابنا قال : يدخل الجدار المحيط قولا واحداً ، وهو ضعيف عندي ، وجزم القاضي أبو الطيب بدخول البناء في بيع البستان مع ذكر الخلاف في دخول النخلة والشجرة في بيع الدار ، وذلك يشهد لما قلته الآن من الفرق وتقوية الجزم بالدخول في البستان ، وهو الذي يقتضيه العرف لاسيما في بلادنا هذه .
التي الغالب على بساتينها أن تتخذ عليها الحوائط والأغلاق لشبه المساكن .

قال الامام : والبناء عندي بالاضافة الى البستان كالشجرة بالاضافة الى الدار ، فقد تلخص في دخول الأبنية في البستان طرق :
(احداها) أن الجدار المحيط يدخل جزماً ، وفيما عداه الطرق ، وهو ما أورده الرافعي وضعفه الرويانى .

(والثانية) اجراء الخلاف فى الجميع ، وهى قضية اطلاق الأكثرين •

(والثالثة) الجزم بدخول الجميع ، وهو مقتضى كلام القاضى أبى الطيب ، وهى التى اقتضى كلامى أولا الميل إليها ، وليس لنا طريقة جازمة بعدم دخول الأبنية هنا مع التردد فى دخولها تحت اسم الأرض ، وهذا ما لا يمكن ، ولك أن تأخذ من هذه الطرق ثلاثة أوجه فى دخول الأبنية تحت اسم البستان والباحة والكرم (ثالثها) يدخل المحيط دون ما إذا لم يكن على هيئة الجدار الموضوع للحفظ والاحاطة ، وكذلك فعل ابن الرفعة •

قال الرافعى : وذكروا أن لفظ الكرم كلفظ البستان ، لكن المادة فى نواحيننا اخراج الحائط عن مسمى الكرم ، وادخاله فى مسمى البستان ولكن لا يبعد أن يكون الحكم على ما استمر الاصطلاح به ، وذكر ابن الرفعة أن هذا كالعالم • وأنه ان صح يكون وجهها رابعا يعنى فى محيط الكرم والبستان والشجرة العتيقة ، ولو كانت الشجرة حادثة لم تدخل فى بيع البستان ، قاله ابن الرفعة أخذا مما سيأتى ، وفى العريش وهو المسمى فى بلادنا بالكرم فى وجوب اللزوم تردد للشيخ أبى محمد (١) • رجح الامام والغزالى دخوله ، وجعل فى الوسيط محل التردد فى دخوله تحت اسم الكرم ، والامام نقله فى لفظ البستان والباحة ، وفى كلامه ما يدل على جريانه فى الكرم أيضا •

وفى كلام الامام ما يقتضى أن ذلك فى العريش الذى ينقل . فانه قال : والوجه عندنا القطع بدخولها تنزيلا على المفهوم من اسم الكرم أو البستان فى مطلق العرف فانه ينظم مع الكرم عريشة ، وإن كان محله • قال ابن الرفعة : لكن هذه العبارة تفهم أن محل ذلك إذا كان العريش ينقل (أما) إذا كانت تتراد للدوام [كما هو جار] فى بلادنا فلا يأتى فيها التردد قال الرافعى : ولو قال : هذه الدار بستان ، دخلت الأبنية والأشجار جميعا ، ولو قال : هذا الحائط بستان أو هذه المحوطة دخل الحائط المحيط وما فيه من الأشجار • وفى البناء الذى فى وسطه الخلاف السابق ، هكذا ذكره فى التهذيب ، وهكذا قال

(١) هنا فى شى بياضات وفى ق كذلك وقد عولجت بالرجوع الى اصول

اربابها فجات مستقيمة هكذا ، والله المستعان (ط) •

الرويانى فيما اذا قال : حائط بستان ، وفى لفظهما قلق ، والمراد أن يقول : بعثك هذا الحائط البستان هذه [هى] العبارة المستقيمة .

قال الرافعى : ولا يتضح فى لفظ المحوطة فرق بين الأبنية والأشجار فليدخل أو ليكونا على الخلاف قال ابن الرفعة : هذا الذى ذكره الرافعى صحيح ان كانت الحوطة بغير ميم أما اذا كانت فى كلامهم بالميم فالإشارة تكون للميم وهو البستان ، فكأنه نطق به وعند نطقه تدخل الأرض والأشجار والبناء المحيط وفى دخول ما فيه من البناء الخلاف عنده ، فلذلك ألحق هذه اللفظة بالبستان .

(قلت :) وهذه اللفظة فيما وقفت عليه من نسخ المذهب والرافعى والروضة — بالميم واخراج البناء عنها بعيد . وان أخرج فيما اذا نطق باسم البستان فان الإشارة الى الجميع وتخصيصها — بالميم — دون غيره لم يقتضه دليل وهى داخلة فى مدلول اللفظ قطعاً ، بخلاف البستان عند من يجعلها خارجة منه . لأن اسم البستان صادق بدونها ، نعم قول الرافعى فليدخل أو ليكونا على الخلاف لا وجه للتردد فى ذلك بل يتعين الجزم بدخولها (وأما) لفظ الحوطة بغير — ميم — فلم أره فى كتاب غير كلام ابن الرفعة . ولا أعلم معناه ، فان كان موضوعاً للبستان فبيته كلام صاحب التهذيب ولا يستقيم كلام الرافعى وان كان موضوعاً للحائط الدائر على البستان فبيته أن لا يدخل البناء ولا الشجر جميعاً .

(والأقرب) أن حذف — الميم — تصحيف وأن اللفظ بالميم كما هو فى الكتب . وأن الحكم فيها مخالف للحكم فى لفظ البستان . والحائط بمعناه وأنه لا يبيته فرق فيها بين البناء والشجر . كما قاله الرافعى . لكنه لا ينبغى التردد فى ذلك كما تردد بل ينبغى دخول البناء والشجر لوجود الإشارة الى الجميع وعدم ما يقتضى اخراج شيء من ذلك ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال ابن الرفعة : وفى بعض الشروح أنه لو قال : بعثك هذا المحوط دخل فيه الحيطان والأرض وان كان فيه غراس فعلى ما تقدم من الخلاف (قلت) وهذا عكس ما قاله صاحب التهذيب . وخلاف

ما قاله الرازمي أيضا وبعيد من جهة المعنى لا وجه له ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فرع) قول الغزالي في الوجيز : ان الأظهر عدم الدخول يعني به الأظهر من الطرق ، فانه في الوسيط صرح بأن الخلاف فيه كما في اسم الأرض (وأصح) الطرق عنده في اسم الأرض عدم الدخول كما تقدم فعلم أن مراده هنا الأظهر من الطرق ، والعجلى قال : ان معناه الأظهر من الوجهين وحمله على ذلك تسوية الامام بين البناء بالنسبة الى البستان ، والشجر بالنسبة الى الدار والذي حكاه الامام والغزالي في استتباع الدار للشجر ثلاثة أوجه ، وأفهم كلام الامام فيها أن التفريع على أن اسم الأرض لا يتناول البناء والشجر أى ان قلنا : البناء والشجر داخلان في الأرض فهنا أولى (وان قلنا :) لا يدخل فهنا ثلاثة أوجه ويكون قول الغزالي « الأظهر » (١) أى من هذه الأوجه ولا شك أن ما قاله الامام نفيه .

ولكن الغزالي صرح في الوسيط بأن الخلاف فيه كالخلاف في الأرض فينبغي أن يحمل كلامه في الوجيز على ذلك ويكون الأظهر من الطرق فانه ليس في كلامه التسوية بين الدار والبستان كما في كلام الامام وان كانت التسوية متجهة - وقد تقدم في استتباع الدار الأشجار بحث - ويمكن أن يعود مثله هنا في هذه الأوجه وتكون مفرعة على القول باتباع الاسم كما ذكره الامام هناك وان لم يصرح به هنا لكن تسويته بين المسألتين يقتضيه . ولو كان في البستان ماء فهل يدخل في العقد ؟ فيه وجهان حكاهما القاضي حسين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع نخلا وعليها طلع غير مؤبر دخل في بيع النخل ، وان كان مؤبرا لم يدخل ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع

(١) من اصطلاح متأخرى الأصحاب أن الأظهر الراجع من الأقوال والأصح هو الراجع من الأوجه . وكان المتقدمون يتساعلون في إطلاقها فتحل الأظهر أحيانا محل الأصح والعكس والراجع من الطرق هو (المذهب) (ط) .

الا أن يشترطها المبتاع » فجعلها للبائع بشرط أن تكون مؤبرة ، فدل على أنها إذا لم تكن مؤبرة فهي للمبتاع ، ولأن ثمرة النخل كالحمل ، لأنه نماء كامن لظهوره غاية كالحمل ، ثم الحمل الكامن يتبع الأصل في البيع ، والحمل الظاهر لا يتبع ، فذلك الثمرة . قال الشافعي رحمه الله : وما شئت في معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبر .

(الشرح) حديث ابن عمر رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم رحمهما الله ، ولفظهما : « من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع » وفي لفظ لمسلم : « من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر » وفي لفظ آخر له : « أيما نخل اشترى أصولها وقد أبرت فإن ثمرتها للذى أبرها الا أن يشترط الذى اشتراها » وفي لفظ له أيضا « أيما امرئ أبر نخلا ثم باع أصلها فللذى أبر ثمر النخل الا أن يشترط المبتاع » ورواه الشافعي رضى الله عنه عن ابن عيينة عن الزهري عن سالم عن أبيه ، وهذا من أصح الأسانيد وأحسنها ، كله أئمة علماء ، ولفظه كلفظ المصنف لكنه قال : أن يشترط المبتاع بغير هاء ، وكذلك في بقية الحديث من طريق سالم ، ومن باع عبدا وله مال فالمال للبائع الا أن يشترط المبتاع ، وجماعة الحفاظ يقولون هكذا بغير هاء في الموضعين . هكذا قال ابن عبد البر ، ونبه على أن المعنى الا أن يشترط المبتاع سائر ذلك ، فيدل على صحة اشتراط نصف الثمر أو جزء منها وكذلك في مال العبد ، وهو قول جمهور الفقهاء ، وسأعرض لهذا في فرع آخر الكلام ان شاء الله تعالى ، والغرض التنبيه على إسقاط الهاء من لفظ الحديث ، ولم أقف عليها في شيء من طرق الحديث ، بقول المصنف : نماء احتراز من الكنز والحجارة المدفونة والبذور .

(وقوله) كامن احتراز من الزرع ، لأنه ظاهر من غير المؤبر كذلك ، وأن التين والعنب ونحوه (وقوله :) لظهوره غاية ، احتراز من الجوز واللوز والرمان والرنج ، لأنه لا غاية لخروجه من قشره . وانما يظهر بكسره ، فالرمان والموز للبائع قولا واحدا ، والجوز واللوز والرنج له على الصحيح المنصوص ، فالثمرة المقصودة من دون الأشياء لا تظهر الا عند الأكل ، فهذا في معنى قولنا ليس لظهوره غاية ، وقد ورد في بعض الروايات : من باع ، وفي بعضها : من اشترى ، وكلها صحيح

سندا ومعنى • قال ابن عبد البر : لا يختلف أهل العلم بالحديث في صحة هذا الحديث وهو عند جميعهم ثابت صحيح •

(وقوله :) أبرت يجوز تشديده وتخفيفه ، يقال أبر النخل مخففا يأبرها أبراً ، والتأبير هو التلقيح وهو أن ينتظر النخلة حتى إذا انشقت طلعتها وظهر ما في بطنه وضع فيه شيء من طلع الفحال ، وقال بعضهم : هو أن تشقق ويؤخذ شيء من طلع الذكر فيدخل بين ظهرائي طلع الاناث فيكون ذلك باذن الله تعالى صلاحاً لها ، وهذه (هي) العبارة المحررة وقد يؤخذ سعف الفحال فيضرب في ناحية من نواحي البستان عند هبوب الرياح ، فيحمل الريح أجزاء الفحال إلى سائر النخل ، فيمنعه التساقط ، وفي عبارة جماعة ما يوهم أن التشقق داخل في معنى التأبير ، وسنبين لك فيما سيأتي أنه ليس الأمر كذلك •

(أما الأحكام) فبيع الشجر ، ان كان بشرط القطع جاز مطلقاً ، رطباً ويابساً ، وان كان بشرط القلع فإطلاق الأكثرين يقتضى الجواز أيضاً ، وقال الصيمري : ان كان كالقفل لم يجز ، لأن أسفله غائب ، وان كان كشجر العصفور وما حفر من التراب جاز لأن الغائب منه غير مقصود ، وأطلق الصيمري ذلك من غير تفصيل بين الرطب واليابس • وغيره صرح بجواز شرط القلع ويجعل المجهول تبعاً ، وان باع بشرط التبقية ، فان كانت الشجرة رطبة وليس الكلام فيما يشترط فيه القطع من الباب ، وان كانت يابسة قال المتولى : ففسد البيع ، وان أطلق فالمشهور الجواز ، وعلى مقتضى قول الصيمري حيث لا يجوز شرط القطع ينبغى الحكم بالفساد •

إذا عرف ذلك فقال الأصحاب : يندرج في مطلق بيع الشجرة أغصانها لأنها معدودة من أجزاء الشجرة ، فان كان الغصن يابساً والشجرة رطبة فالمشهور لا يدخل ، لأن العادة فيه القطع كما في الثمار قال في التهذيب : ويحتمل أن يدخل كالصوف على ظهر الغنم ، قال ابن الرفعة : أى إذا بيعت وقد استحق الجز ويدخل العرق أيضاً في مطلق بيع الشجرة • وكذا الأوراق ، وفي ورق التوت ونحوه خلاف

سيأتي تفصيله في كلام المصنف ، وفي أغصان الخلاف (١) التي تقطع أغصانه ويترك ساقه ، فإذا باع شجرته فالأغصان لا تدخل في العقد .

(أما) الخلاف (١) الذي يقطع في كل سنة من وجه الأرض فهو كالقصب ما ظهر منه للبائع ، وفي أصوله الخلاف الذي في أصول البقل قال ذلك القاضي حسين ، وعن الامام أنه قال هنا : انها تدخل أغصانها في البيع بلا خلاف ، وفي كتاب الرهن حكى فيها خلافا وفي كتاب الوقف قال : انها بمنزلة الثمرة فتلخص أن الخلاف نوعان (نوع) يقطع كل سنة من وجه الأرض فهو كالقصب (ونوع) يبقى وتقطع أغصانه ، ففي دخول أغصانه في بيعه خلاف (الأصح) الدخول لأنها جزء منه ، ولا يدخل في بيع الشجرة الكرم الذي عليها ، قاله القاضي حسين في الفتاوى ، ولو كانت الشجرة يابسة ثابتة فعلى المشتري تفريغ الأرض عنها للعادة ، ولا يدخل مغرسها في العقد وجها واحدا قاله القاضي حسين ، وحكمها حكم سائر المنقولات ، ولا يشترط فيه القطع قاله القاضي حسين .

قال في التتمة : فلو شرط ابقاءها ففسد البيع كما لو اشترى الثمرة بعد التأخير ، وشرط عدم القطع عند الجذاذ ، ولو باعها بشرط القطع جاز وتدخل العروق في البيع عند شرط القطع ، وان كانت مجهولة تبعا ، كذا قاله ، وقال الصيمري : لا يجوز بيع النخلة بشرط القلع ، لأن أسفلها غائب ، ولا يدخل عند شرط القطع ، بل تقطع عن وجه الأرض .

وان كانت الشجرة رطبة فباعها بشرط الابقاء أو بشرط القلع أو بشرط القطع اتبع الشرط ، وفيه عند شرط القلع ما تقدم عن الصيمري ولا يجب تسوية الأرض لأنه شرط القلع ، قاله في الفتاوى ، ولو أطلق جاز الابقاء أيضا للعادة كما لو اشترى بناء استحق ابقاءه ، وليس كالزراع حيث يشترط القطع . لأن الشجرة تراد للبقاء : ولا يجوز للبائع أن يقلعها على شرط أن يغرم ما ينقصه القلع ، قاله الامام . وهو بما لا خلاف فيه . وكذلك اذا باع بناء مطلقا قاله الامام . وهل يدخل المغرس في البيع ؟ فيه وجهان ، وقيل قولان (أحدهما) ويحكي عن أبي حنيفة نعم ، لأنه يستحق منفعته لا الى غاية ، وذلك لا يكون

(١) بضم الخاء وتشديد اللام .

الا على سبيل الملك ، ولا وجه لتملكه الا دخوله في البيع (وأصحهما)
عند الامام والرافعي وغيرهما نعم ، لأن اسم الشجرة لا يتناولها .
وقد يستحق غير المالك المنفعة لا الى غاية ، كما لو أعار جداره
لوضع الجذوع ، وكذا الوجهان في دخول الأس في بيع البناء كما
تقدم ، قال الامام : وليس هذا كالخلاف في استتباع الأرض أشجارها ،
فان الفرع لا يستتبع الأصل ، ولكنه من جهة استحقاق لا محمل
له الا الملك يعني أن ذلك لا يكون اجارة للتأبير ولا عارية لعدم جواز
الرجوع ، وان بذل أرض النقص فلم يبق الا جملة مبيعا تبعا ، فعلى
الوجه الأول لو انتقلت الشجرة أو قلعتها المالك كان له أن يغرس
بدلها ، وله أن يبيع المغرس ، وعلى الثاني ليس له ذلك ، وهل يكون
ملكه لذلك من باب الاجارة أو الاعارة ؟ قال ابن الرفعة : يخرج فيه
من مقتضى كلام الأصحاب وجهان (أحدهما) اجارة كما قيل بمثله
في الصلح ، ولا يخرج على الجمع بين بيع واجارة ، لأن هذا يقع
ضمنا مع أن الصحيح جواز الجمع ، وهذا الوجه يتخرج من قول
جمهور الأصحاب أن البائع لا يتمكن من القلع وغرامة الأرض على
ما يفرغ .

وقال بعض الأصحاب فيما حكاه الامام في كتاب الرهن : ان له
القلع وغرامة ما ينقصه القلع كما ينغم المستعير في مثل هذه الصورة .
وعلى المعير أن يكون استحقاق على سبيل العارية قال ذلك ابن الرفعة :
قال : وبه يتم ما أبديته تخريجا ، وهل يلزمه تسوية الحفر أو يخرج
على الخلاف في العارية ؟ وقال ابن الرفعة : يشبه أن يقال : (ان
قلنا :) الأبقاء يستحق كالعارية فكالعارية ، والا فلا يلزمه وجها
واحدا ، والخلاف في دخول المغرس والأس في البيع مثله مذكور في
الأقرار بهما واقامة البينة كما حكاه الامام في كتاب الصلح ونقله
ابن الرفعة عنه .

ولو كانت الأرض غير مملوكة لبائع البناء والغراس فلا يتخيل
فيها ملك الأرض فان جهل المشتري الحال وقلنا بدخولها في البيع
لو كانت للبائع : قال ابن الرفعة : فيشبه أن يقال : يثبت الخيار ، كما
اذا قلنا : الحمل يقابل بالثمن . ثم بان أن لا حمل : ولا يبطل البيع
لأن ذلك انما وقع تبعا لا مقصودا . وهذا اذا كان الأبقاء مستحقا له
بطريق . باجارة أو غيرها .

(أما) اذا كان في أرض مغصوبة فحكى الماوردي في كتاب الغصب في صحته وجهين (أحدهما) لا يصح لأن [الاجارة تقتضى] (١) الإبقاء وهو لا يستحقه في هذه الحالة (والثاني) يصح ويثبت الخيار وظاهر كلامه أن ذلك تفريع على أنه لا يملك عند الاطلاق وإنما يستحق الإبقاء وجريان مثل ذلك على قول المالك ، قال ابن الرفعة : والذي تعم به البلوى ولم نقف فيه على نقل أن يبيع البنساء والأرض مستأجر معه ، ولم تنقضى مدة اجارته وعلم المشتري منه ذلك فهل نقول يستحق الإبقاء في بقاء مدة اجارته بغير عوض ؟ كما لو كانت الأرض مملوكة له ولم يدخلها في العقد أو يستحق الأجرة كما يستحقها مالك المنفعة عليه بعد فراغ المدة ؟ فيه نظر واحتمال ، قال : والأشبه الثاني ، والعمل عليه في العرف ، ولو كانت الأرض قد أوصى له بمنفعتها دون رقبتهما وجاز له البناء والغراس فيها ثم باع ذلك فيشبه أن تلحق هذه بما اذا كان مالكا للأرض حتى لا تستحق عليه أجرة ، لا في حال حياته ولا بعد وفاته (اذا قلنا :) لا تبطل الوصية بموته كما هو المذهب (أما) اذا قلنا : تنتهى بموته حتى لا تنتقل المنفعة لوارثه : كما هو محكى في الابانة والبحر فهو قريب من الاجارة ، والله أعلم •

وهذه الأحكام كلها جارية في جميع الشجر ، لا فرق بين النخل وغيره ، وقد استشكل ابن أبى الدم دخول المغرس في بيع الشجر ، ورأى القول به في غاية البعد من جهة أن الأرض قد تكون كثيرة الشجر ، فتشتبك عروقها في جميع الأرض ، فلا يبقى للأرض بياض على ظاهرها لتقارب الأشجار ، ولا في بطنها لاشتباك العروق ، وأثبتاتها يفيض الى أن يملك مشتري الغراس بشرائه جميع الأرض أو معظمها ، وأيضا فاما أن يملكه نازلا في طبقات الأرض على مسامطة العروق وفي جهة العلو الى وجه الأرض على مسامطة العروق . ولا نقول : انه يملك من الأرض ما يستر العروق ، والبحث بها من الأرض والأول ظاهر البطلان لافضائه الى ملك الأرض بانتشار العروق •

(والثاني) باطل لأنه يؤدي الى منع مالك من بيع أرضه من غير مالك الغراس ، لأن مالك الغراس قد ملك جملة من أجزائها وهي مجهولة

(١) ما بين المعوفين ليس في شوق •

وبيع المجهول باطل ، فقد أدى الى فسادة تفريعه على فاسد ، ويلزم عليه أيضا أنه اذا ملك شجرة صغيرة وملك مغرسها فلا شك في صغر المغرس الآن لصغر الشجرة وقلة عروقتها ، فاذا ابتلت الشجرة وسقيت وانتشرت عروقتها وامتدت الى مواضع لم تكن ممتدة اليها وقت الشراء ولا بعده بأشهر ، فيؤدى الى أنه لم يكن مالكا لمواضع من الأرض ، وكلما امتد عرق شبرا أو فترا في جزء من الأرض ملكه ملكا متجددا ، وهذا بدع في الشرع ، لا يصير اليه بجعل ، انتهى ما قاله ابن أبى الدم وهو بحث جيد .

اذا عرفت هذه المقدمة فاذا باع نخلا دخل جريدها وسعفها وخصوها لا خلاف في ذلك (وأما) الطلع فان كان غير مؤبر دخل ، وان كان مؤبرا لم يدخل للحديث الذى استدل به المصنف ، وهو يدل على الحكم الثانى بمنطوقه ، وعلى الأول بمفهومه . وكلام المصنف يقتضى أنه جعله مفهوم الشرط ، وكذلك فهمه صاحب الانتصار ، ويحتمل أن يكون مفهوم الصفة فانه جعل التأبير صفة للنخل ، وكذلك جعله الغزالي في المستصفى وغيره من الأصوليين من أمثلة مفهوم الصفة وكلاهما صحيح .

قال الشيخ أبو حامد الاسفرايينى : لنا من الحديث أدلة ثلاثة (أحدها) دليل الخطاب وهو دليل الشافعى رحمه الله تعالى منه ، وذلك أن الطلع له وصفان مؤبر وغير مؤبر ، فلما جعله النبى صلى الله عليه وسلم اذا كان مؤبرا للبائع دل على أن غير المؤبر للمشتري كما نقوله في سائمة الغنم زكاة .

(والثانى) أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من باع نخلا بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع » فجعلها للبائع بالشرط ، وهو أن تكون مؤبرة فعلم أنها اذا كانت غير مؤبرة فليست للبائع لعدم الشرط ، فمن ثل : انها للبائع في الحالين فقد خالف من وجهين :

(أحدهما) أن النبى صلى الله عليه وسلم جعلها للبائع اذا أبرت بهذا الشرط : ولم يجعلها هو له بهذا الشرط .

(الثانى) أنه — أعنى المخالف — جعل غير المؤبرة للبائع مع عدم الشرط .

(والدليل الثالث) من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أما أن يكون ذكر التأثير تنبيها على أن غير المؤبر أولى بأن يكون للبائع ، وأما أن يكون لتعيين أن غير المؤبر لا يكون للبائع ، لا سبيل الى الأول ، لأن المؤبر بائن ظاهر ، وغير المؤبر كامن مستتر ، وما كان مستترا فهو أولى بالتبعية من الظاهر بدليل الحمل ، فتعين الثانى وهو أن يكون المقصود أن لا يكون للبائع عند عدم التأثير ، وذكر الشيخ أبو حامد عن الشافعى من الاستدلال [ما هو] موجود فى الأم فإنه قال : لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا حد^(١) قال : « إذا أبر فثمره للبائع » فقد أخبرنا بأن حكمه إذا لم يؤبر غير حكمه إذا أبر ولا يكون ما فيه الا للبائع أو للمشتري لا لغيرهما ، ولا موقوفا فمن باع حائطا لم يؤبر فالثمرة للمشتري بغير شرط استدلالا موجودا بالسنة وقال قريبا من ذلك فى الاملاء أيضا .

وقال فى المختصر : اذا جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الابار حد الملك للبائع فقد جعل ما قبله حد الملك للمشتري على أن كلام الشافعى فى الأم يحتمل أن يكون جعله من مفهوم الشرط ، وكلا المفهومين حجة عندنا على أن كلام الشيخ أبى حامد ومن تبعه يقتضى أنهم لم يريدوا بالوجه الثانى جعله من مفهوم الشرط ، بل انه يدل عليه باللفظ وبه صرح القاضى أبو الطيب وفيه بعد الا أن يريدوا أن اللفظ دل على كونه شرطا . والمخالف يقول : انه ليس بشرط . فهذا الذى أرادوه — والله أعلم — راجع ، وهو بهذا التقدير صحيح ، ولم يريدوا أن اللفظ يدل على عدم الحكم عند عدم الشرط . ويمكن أن ينزل كلام المصنف على ما ذكره وأن ذلك ليس من باب المفهوم .

(وأما) الوجه الثالث الذى ذكره الشيخ أبو حامد فهو راجع الى المفهوم وهو صالح لأن يستدل به فى كل شرط أو صفة ، لكن القائلون بالمفهوم منهم من يجعله بمنزلة الملفوظ به وكأنه استقر فى اللغة أنه اذا خص المذكور بالذكر اقتضى هذا قيام قول آخر له يتضمن نفى الحكم عما عداه انتفاء ظاهرا ، ومنهم من يجعل المفهوم مستندا الى البحث عن طلب فوائد التخصيص ، فالوجه الأول مائس على الطريقة

(١) لعله حدد حيث هى فى الاصل (حد) (ط) .

الأولى ، ولذلك نسب الدلالة الى اللفظ وكلام الشافعى الذى حكىته يشعر بذلك ، لكن الأنبارى فى شرح البرهان نقل عن الشافعى أن اختياره الثانى ، والوجه الثانى مستمر على الطريقة الثانية .

(وأما) الثانى فقد نبهت على مراد الأصحاب به . وأنه ليس من باب المفهوم ولعل المصنف جعله من مفهوم الشرط لأنه أقوى عند كثير من أصحابنا من مفهوم الصفة ، وقال به جماعة من المنكرين لمفهوم الصفة . واعلم أن هذا الاستدلال يتجه عند من يرى المفهوم حجة وهم الأكثرون ، فقال بمفهوم الصفة الشافعى ومالك وأكثر أصحابنا وأكثر المالكية ونسبه القاضى عبد الوهاب الى مالك ، وممن قال به أبو الحسن الأشعرى وأنكره ابن سريج والقفال هنا ، وقال ابن سريج بمفهوم الشرط .

(وأما) الخصم المنكر لكل من المفهومين فلا يمكن الاحتجاج عليه بدفع مخالفه فى الأصل وكذلك بعض أصحابنا ممن أنكر المفهومين معا ، فكيف يمكنه التمسك فى هذا الفرع به . لكن الخصم فى الحاق غير المؤبرة بالمؤبرة يحتاج الى قياس . ولن يجده ومتى لم يثبت ذلك ولم يقد دليل على تبعية غير المؤبرة وجب كونها للمشتري تبعا للشجرة . وكذلك قال بذلك من ينكر المفهوم والقياس كداود .

(فان قلت :) بل يجب كونها للبائع عملا بالأصل وبقائها على ملكه .

(قلت :) لا بد فى ادراجها فى انبيع من قياس أو عرف عند من ينكر القياس . واعتضد الأصحاب بما رواه الشافعى رضى الله عنه عن سعيد بن سالم عن ابن جريج أن عطاء أخبره أن رجلا باع على عهد رسول الله (صلى الله عليه وسلم) حائطا مثمرا ، ولم يشترط المبتاع الثمر ولم يستثن البائع ولم يذكره فلما ثبت البيع اختلفا فى الثمر واحتكما فيه الى النبى (صلى الله عليه وسلم) فقضى بالثمر للذى لقح النخل — البائع — وهذا من مراسيل عطاء ، ففيه اعتضاد على أنه لبس أصرح من الأول بكثير فان قوله — البائع — دليل على أنه أراد بالذى لقح المعهود لا العموم وحينئذ يعود الى أن ذكر الصفة هل يدل على نفى انحكم عما عداه ؟ هذا بحسب هذه الرواية . ونم أجد غيرها فيه عموم بحيث أثق بصحته . وروى ابن ماجه وعبد الله بن أحمد ابن حنبل فى مسنده عن عبادة بن الصامت قال : « قضى رسول الله

صلى الله عليه وسلم بثمر النخل لمن أبرها الا أن يشترط المبتاع وأن مال المملوك لمن باعه الا أن يشترط البائع » .

فأما رواية ابن ماجه ففي سندها الفضيل بن سليمان وليس بالقوى : وقال ابن معين : ليس بثقة ، فالحديث سنده ضعيف من هذا الطريق وذكر المقاضى أبو الطيب الحديث الذى ذكره الشافعى رضى الله عنه ولفظه « فجعل الثمر لمن أبرها » وقال : ذكر هذا الحديث أبو اسحاق فى الشرح ، وأبو على الطبرى فى المحرر ، ونقله الشيخ أبو حامد عن الساجى قال : وهذا نص ، وليست فى هذه الروايات زيادة على رواية مسلم المتقدمة الا أنه ليس فى هذا الاستثناء اشتراط من المبتاع ، فالأولى أن يستدل برواية مسلم ، وتعليق الحكم فيها بالوصف ودلالته على أن ذلك [حق البائع]^(١) وقال الماوردى : روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أنشد قول الأعرابى حين حرم عليه بعض ملوك الجاهلية ثمرة نخلة له :

جذدت جنى نخلتى ظالمسا وكان الثمار لمن قد أبرأ

فقال النبى (صلى الله عليه وسلم) :

« وكان الثمار لمن قد أبرأ » .

وكان ذلك منه اثباتا لهذا الحكم كما أنشد قول الأعشى

❖ وهو سر غالب لمن غلب ❖

فقال النبى (صلى الله عليه وسلم) : « وهو سر غالب لمن غلب » .

تثبيتا لهذا القول . وهذه الوجوه ذكرناها على جهة الاستئناس والاعتضاد لا أنه يقوم بها بمفردها حجة والحجة ما تقدم ، وله تنمة تأتى فى فرع مذاهب العلماء ، والله أعلم .

فرع

فى مذاهب العلماء

وافقنا على دخول الطلع والتفرقة بين ما قبل التأبير وبعده مالك وأحمد والليث بن سعد وداود بن على والطبرى . وقال ابن أبى ليلى :

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .

يدخل الطلع في بيع النخل بكل حال وقال أبو حنيفة رضى الله عنه والكوفيون والأوزاعي : لا يدخل بكل حال مؤبراً كان أو غير مؤبر الا بالشرط فأخذ أبو حنيفة رضى الله عنه بالمنطوق دون المفهوم وأخذ الشافعي رضى الله عنه بالمنطوق والمفهوم معا ولم يأخذ ابن أبى ليلى بالمنطوق ولا بالمفهوم واحتج من نصر قوله بأنه متصل بأصل الخلقة فأنشبه السقف والأغصان والصوف على ظهر الغنم .

(وأجاب) أصحابنا رحمهم الله بأن هذه الأشياء انما دخلت لأنها أجزاء وليست بنماء بدليل أن الحيوان يولد وعليه الصوف والنماء ما لا يكون أصلاً .

(وأما) الثمرة فانها نماء (وردوا) هذا القول بما تقدم من السنة والاستدلال .

(واحتجت) الحنفية ومن وافقهم بأنها ثمرة برزت عن شجرها . وبأنها يجوز افرادها بالعقد فلم تتبع الأصل كالمؤبرة ، وبالقياص على طلع الفحال ، وبأنها نماء لها حال اذا انتهت اليه أخذت فلم تتبع الأصل كالزراع في الأرض . وبأن الزرع لا يتبع الأرض في حالة ظهوره ولا في حالة كونه فكذلك الطلع : وبأنه لا يختلف قول من شرط التأثير أنها اذا لم تؤبر حتى انتهت وصارت بلحاً أو بسراً ثم بيع النخل أن الثمرة لا تدخل فيه . قالوا : فعلمنا أن المعنى في ذكر التأثير ظهور الثمرة وبأن الطلع لا يتبع في الرهن فكذلك في البيع كالمؤبرة .

(وأجاب) الأصحاب بعد التمسك بالحديث (عن) الأول بمنع كونها برزت عن الأصل فانها في غلافها (وعن) الثاني بأنها لا نسلم جواز افرادها بالعقد على رأى أبى اسحاق المروزي لأن المقصود مغيب فيما لا يدخر فيه فهو بمنزلة الجوز في لقشرة العليا . وثمن سلمنا فجواز الافراد لا يدل على عدم التبعية . الا ترى أن من باع داراً فيها نخلة دخلت النخلة في البيع تبعاً ويجوز افرادها بالبيع (وعن) الثالث بأن الصحيح عندنا أن طلع الفحال كطلع الاناث ، ولو سلم فالفرق أن طلع الاناث المقصود منه ما في جوفه . وطلع الفحال هو المقصود على وجهه (وعن) الرابع بأن الزرع بماء برز عن الأصل بخلاف الثمرة (وعن) الخامس بأن الزرع ليس من أصل

الخلقة فلذلك لم يتبع بخلاف الثمرة فانها مستترة في الشجرة من أصل الخلقة .

(والجواب) عن السادس أنها قيل التشقق غير ظاهرة لأن الثمرة المقصودة مستترة في الكمام ، فحيث ظهرت عن الكمام اما بالتأبير أو بغيره . كانت للبائع فمن جعلها للبائع من غير تأبير ولا ظهور كان مخالفاً للفظ الحديث ومعناه (وعن) السابع من وجوه : (أحدهما) أن الشافعي رضي الله عنه قال في القديم : يدخل الطلع في الرهن تبعاً للأصل .

(والثاني) أن الرهن لا يزيل الملك ، والبيع يزيل الملك .

(والثالث) أن المعنى في المؤبرة أنها أخذت تشبهاً من الولد المنفصل وشبهاً من الجنين فتعارضاً ، وبقيت على حكم الأصل وهو ملك البائع ولا كذلك الكامنة .

(فتمة) استدلال الأصحاب وقول المصنف رحمه الله : ولأن ثمرة النخل كالحمول إلى آخره هو من كلام القاضي أبي الطيب ، ولذلك الأصحاب قاسوه على الحمل - الشيخ أبو حامد والمساوردي وغيرهم ، وتقدمت الاحترازا التي فيه ، لكن الشافعي رضي الله عنه في الأم في هذا الموضع قال : وتخالف الثمرة المؤبرة الجنين في أن لها حصّة من الثمن ، لأنه ظاهر ، وليست للجنين لأنه غير ظاهر ، ولولا ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك لما كان الثمر مثل الجنين في بطن أمه لأنه يقدر على قطعه والتفريق بينه وبين شجره ، ويكون ذلك مباحاً منه ، والجنين لا يقدر على إخراجه حتى يقدر الله تعالى له ولا يباح لأحد إخراجه ، وإنما جمعنا بينهما حيث اجتمعا في بعض حكمهما بأن السنة جاءت في الثمر لم يؤبر بمعنى الجنين في الإجماع فجمعنا بينهما خبراً لا قياساً إذ وجدنا حكم السنة في الثمر لم يؤبر كحكم الإجماع في جنين الأمة ، وإنما مثلنا فيه تمثيلاً ليفقه من سمعه من غير أن يكون الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه يحتاج إلى أن يقاس على شيء بل الأشياء تكون تبعاً له .

هذا كلام الشافعي رضي الله عنه ، وهو يقتضي الفرق بين الثمرة والحمل والاعتماد في ذلك على الحديث وحده ، وكما دل الإجماع في

الحمل على الفرق بين ما قبل ظهوره وما بعده ، كذلك دلت السنة في الثمرة على الفرق بين ما قبل التأبير وما بعده ، وكلام الشافعي في هذا الموضوع صريح في أن الحمل لا يقابله قسط من الثمن على غير الأصح عند الأصحاب ، والأصحاب ذكروا في أن الثمرة هل يقابلها قسط من الثمن طريقتين (أحدهما) القطع بالمقابلة كما هو نص الشافعي (والثانية) تخريجها على قولين كالحمل وهي ضعيفة لمخالفتهما النص ، ورجحها الرافعي في باب الرد بالعيب ، وقصد الشافعي رضي الله عنه بذلك تشبيهه قبل ظهوره بالثمره غير المؤبرة ، ثم ذكر الفرق بينهما من جهة القدرة على فصل الثمرة عن الشجرة بخلاف الحمل ، والأصحاب قاسوا عليه ولم ينظروا الى هذا الفرق ، وذكروا اعتراضات على القياس وانفصلوا عنها .

(أما) الاعتراضات فان المعنى في الحمل لا يجوز افراده بالعقد فلذلك كان تبعاً . وليس كذلك الثمرة لأنه يجوز افرادها بالعقد على رأى ابن أبي هريرة وهو الصحيح عند طائفة ، وهذا قريب مما قاله الشافعي رضي الله عنه وليس اياه ، وبأنه لو كان الطلع كالحمل لوجب أن تكون الثمرة للمشتري وان كنت قد ظهرت لأنها متصلة بالأصل . وبأنه لا يجوز للبائع استثناء الحمل لنفسه ويجوز له استثناء الطلع لنفسه ، وانفصلوا عن الأول بأبواب اندار فانه يجوز افرادها بالعقد ومع ذلك تتبع وانما لم يجز العقد على الحمل وجاز على الثمرة لأن الحمل جار مجرى أبعاض الأم ، فلما لم يجز العقد على أبعاضها لم يجز على حملها والثمره قبل التأبير تجرى مجرى أغصان الشجرة ، فلما جاز العقد على أغصانها جاز على ثمرها .

(وعن الثاني) بأنها اذا كانت كامنة في الطلع فهي بمنزلة الحمل لا أصل لها غيره ، فأما اذا ظهرت من الطلع فقد أخذت شبيها من الولد المنفصل عن الأم لأنها ظاهرة كالولد وأخذت شبيها من الجنين لأنها متصلة بالأصل كاتصال الجنين بالأم ، وليس أحدهما أولى من الآخر . فتعارضوا وبقيت الثمرة على ملك البائع كما كانت .

(وعن لثالث) أنه يجوز للبائع استثناء السقف والأغصان ومع ذلك اذا لم يستثن دخلت في البيع .

(فائدة) كلام الشافعي رحمه الله المتقدم كالصريح في افادة

الاجماع على دخول الحمل في بيع الأم ، وقد روى عن محمد بن سيرين وغيره انهم أجازوا بيع الأمة واستثناء ما في يطنها وليس مجرد ذلك مصادما للاجماع المذكور ولكن ابن المغلس الظاهري قال عن أصحابهم : ان تبعية الحمل للأم قول أكثر العلماء وان النظر يوجب أن يكون الحمل للبائع لأنه غيرها وليس كعضو منها الا أن يمنع من ذلك ما يجب التسليم له ، فنسبة ابن المغلس ذلك الى أكثر العلماء يشعر بخلاف اذ أنه رأى ذلك من كلامهم ولم يعلم في المسألة اجماعا ، ومحل الجزم في دخول الحمل اذا كان مملوكا لرب الحيوان بشرط أن يكون البيع قد وجد باختياره .

قال ابن الرفعة : وفي معناه كل تمليك جرى بالاختيار من المالك اما بنفسه أو بوكيله وفي معنى ولى المحجور عليه لصغر أو مسفه أو فليس ، وهل الاستتباع في هذا الأجل رضاء بانتقال الملك في الأم عنه القائم فيه مقامه وكيله أو وليه وكذا عند بيعه عليه قهرا أو لأجل أنه لم ينتقل الملك فيها عنه الا بعوض ؟ فيه معنيان تخرج عليهما مسائل ذكرها الامام في باب الخراج بالضمان .

(منها) لو وهبها حيث لا ثواب وهي حامل لا يتبعها الحمل الجديد كما قال لا ، والتقديم أنه يتبعها كما في البيع : ومثلها جار فيما لو رهن الجارية الحامل لأنه في المسألتين راض بخروج الملك في الأولى وبتملق الحق في الثانية لكن لا بعوض أجريا أيضا فيما لو رهنها حائلا فحملت .

(ومنها) لو خرجت عن ملكه بعوض لكن لا برضاء ، كما اذا رد عليه عوضها بعيب وكانت قد حملت في يده أو رجع فيها بائعها عند فلسه وهي حامل وقد كانت حائلا عند ابتياعه لها هل يتبعها الحمل ؟ قولان .

(قلت) قضية المأخذين أن الأب لو رجع في الجارية التي وهبها لابنه وهي حامل ثم حملت أن لا يتبعها الحمل قولاً واحداً لأنه لا عوض ولا رضاء مع ذلك فقد حكى الامام في التبعية قولين ، قال الامام : والفرق أن عقود الاجبار بالعوض تستدعى بعد المبيع عن الغير : ولو نفذنا البيع ونحوه على الجارية دون الحمل لجر ذلك عسرا

وما يجري من الارتداد فهذا ليس في حكم العقود ، فجري الأمر في
التبعية على التردد .

قال ابن الرقعة : وحيث نقول الحمل لا يتبع الأم في الرد بالعيب
ونحوه ، ظاهر كلامهم أن الرد صحيح لا يمنع منه كما لم يمنع منه
افضاؤه في التفريق بين الأم والولد على رأي ولو كان الحمل حين البيع
مملوكا لغير البائع بوصية أو غيرها فلا يندرج الحمل في البيع : وهل
يصح البيع ؟ قال ابن الرقعة : يشبه أن يرتب على استثناء الحمل (ان
قلنا) يصح فهنا أولى والا فوجهان :

.. قال القاضي حسين في كتاب أمهات الأولاد قال : اذا كان متزوجا
بأمة فحملت منه وأوصى له بحملها جاز له أن يشتري الجارية على وجه
يعنى لأنه صار جدا قال : ولا خلاف أنه لا يجوز بيعها من غيره ،
ومثل الوجه في بيعها منه اذا أوصى له بحملها مذكور ههنا اذا باعها
من مالك الحمل ، والله أعلم .

(قاعدة) العقود التي يملك بها النخل والتمر أربعة أضرب
(أحدها) عقد معاوضة على وجه المراضاة كالبيع والصلح والصدق
والخلع والاجارة كما اذا أجر داره مدة بنحلة مطلقة فهذه العقود
تتبعها الثمرة غير المؤبرة ولا تتبعها المؤبرة .

(والضرب الثاني) ما ملك بمعاوضة على غير وجه المراضاة كما
لو باعه نخلا فأطلعت في يد المشتري ثم فلس فرجع البائع في عين
ما له فهل تكون الثمرة التي لم تؤبر تبعا له ؟ فيه وجهان (أحدهما)
عند الروياني التبعية ، وكما اذا رهن نخلا فأطلعت . فحل الدين
والطلع لم يؤبر ، فبيع المرهون جبرا من غير رضا الراهن هل يدخل
الطلع في البيع أم لا ؟ فيه وجهان ، وقطع الروياني هنا بالتبعية لأنه
وجد منه الرضا بهذا البيع عند الرهن ، وقد أطلقوا على هذين القسمين
أنهما من عقود المعاوضات التي على غير وجه المراضاة . وقد يتوقف
في اطلاق العقد على الرجوع في الفلس ، والأمر في ذلك قريب . ومن
عد ذلك في عقود المعاوضات أراد به البيع الذي يرتب الرجوع
عليه ، وحكى الجرجاني الوجهين أيضا في بيع نخيل المفلس في
دينه .

(الضرب الثالث) عقد على سبيل المراضاة من غير معاوضة كالهبة والوصية هل تكون الثمرة التي لم تؤبر تبعا له ؟ على وجهين ، ومثل أن يهب نخلا لولده فيطلع فيرجع في هبته هل يتبع الطلع النخل ؟ على وجهين (الصحيح) من المذهب ما قال الماوردي هنا أن الوالد لا يسترجع الثمرة ، وعد هذا القسم أيضا من هذا الضرب اعتبارا بالعقد المبني عليه كما تقدم ، وعد هذان الوجهان في كل هذه المسائل التي في الضربين ، قال الشيخ أبو حامد وغيره : أصلها مسألة واحدة ، وهي إذا رهنه نخلا عليها طلع لم يؤبر ، هل يدخل في الرهن بإطلاق العقد ؟ أم على قولين ؟ قال القاضي أبو الطيب : قال في الجديد : لا يدخل لأن الرهن لا يزيل الملك ، وكان يقول في القديم : يدخل على طريق البيع ، ثم رجع عنه في الجديد .

(الضرب الرابع) ما لم يكن من عقود المعاوضات ولم يكن مأخوذا على وجه المراضاة كالطلاق قبل الدخول إذا استرجع به نصف المهر ، وكان قد أصدقها نخلا لا طلع عليها ، ثم أطلعت وطلقتها قبل التأبير وقبل الدخول ، فهنا لا تتبع الثمرة الشجرة ولا ترجع إلى الزوج قولاً واحداً ، قال الماوردي : لا يختلف المذهب فيه وقال الشيخ أبو حامد : أنه ليس لنا موضع لا يتبع الطلع قبل الإبر الأصل إلا في هذه المسألة يعني قولاً واحداً ، وتعليقه أن الصداق إذا كان زائداً زيادة متصلة غير متميزة كالسمن والكبر والصنعة لا يرجع به وإنما يرجع بنصف قيمته يوم أصدقها فإذا لم يرجع بالزيادة التي لا تتميز فلأن لا يرجع بالطلع أولى فإن أراد أن يرجع بنصف النخلة دون الطلع فإن له ذلك ويترك الطلع إلى أوان الجذاذ وجعل الماوردي من هذا القسم الوالد إذا رجع فيما وهبه لولده ولم يكن للوالد استرجاع الثمرة معه على الصحيح من المذهب وفهم عنه الروياني القطع بذلك فقال : وفي الحاوي ، وعلى هذا الوالد لا يسترجع في الهبة من الولد غير المؤبرة قولاً واحداً ، لأنه لا معاوضة ولا تراض .

(فرع) قال صاحب التلخيص فيما شذ عن أصول الكوفيين يعني الحنفية أنه إن رهن أرضاً أو أقر بها دخلات الثمار يعني عندهم وهذا يرد عليهم في كونهم يقولون : لا يدخل في البيع ولا في غيره إلا في هاتين المسألتين .

(فرع) وأما قول المصنف رحمه الله : قال الشافعى رحمه الله : وما تشقق فى معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبرة ، فهو كذلك فى الأم والمختصر ، وإن لم يكن بلفظه ، والقياس الجلى ظاهر فى ذلك ، لأن الاعتبار بظهور الثمرة ، فلا فرق بين أن تظهر بعلاج أو بغير علاج أو تشقق بالرياح اللواتح ، وهو أن يكون فحول النخل فى ناحية الصبا ، فتهب فى وقت الابار ، فإن الابار تتأثر بروائح طلع الفحول ، قال الشيخ أبو حامد : بل ظهورها بنفسها أولى ، قال الشافعى رحمه الله عليه فى البويطى : الابار فى النخل إذا انشق الخف وبدت الثمرة فهو وقت الابار ، أبر أو لم يؤبر ، قال الماوردى : وقد يكون من أنواع النخل ما يكون ترك تلقيحها أصح للثمرة .

ومن كلام الشافعى والبويطى المذكور يستفاد أن التأبير اسم لوضع طلع الفحال فى الاناث بعد تشققها لا لنفس التشقق ولا التشقق ، وهو معنى قول الأصحاب : إن وقت التأبير قائم مقام التأبير . وإن وضع الكثر بعد تشقق الثمرة ليس بشرط فى سلامة ذلك للبائع . والتبعية فى المبيع وعدمها منوطة بالتشقق ، لا بوضع طلع الفحال فيها . فيكون ذكر التأبير غالبا والنخل تارة يتشقق بنفسه فيلقح بعد ذلك . وتارة يبلغ أوان التشقق ولم يتشقق بعد ويشقق ويفعل ذلك به . وقال ابن الرفعة ما معناه : أنا إنما اتبعنا المعنى هنا ، ولم نتبع اللفظ . ولا أجرينا فيه خلافا ، لأن المعنى قوى بأصل بقاء ملك البائع ، ولا يعارض ذلك بأن تركه التأبير عند إمكانه كالأعراض فتجعل تابعة لمقتضى مفهوم الحديث لضعف عموم المفهوم .

وقال ابن عبد البر فى التمهيد : لم يختلف العلماء أن الحائط إذا تشقق طلع انائه فأخر اباره وقد أبر غيره ممن حاله مثل حاله : أن حكمه حكم ما أبر ، لأنه قد جاء عليه وقت الابار وظهرت ثمرته بعد تغيبها فى الخف . وما ذكره هؤلاء الأئمة هو المولى عليه وقال ابن حزم الظاهرى : أنه لو ظهرت ثمرة النخل بغير ابار لم يحل اشتراطها أصلا وجمد جمودا عجيبا . فقال : لا يجوز فى ثمرة النخل الا الاشتراط فقط . (وأما) البيع فلا ، حتى يصير زهوا غاذا هو صار زهوا (١)

(١) الزهو السر الملون بفال إذا ظهرت الحمره وانصفرة فى النخل فقد ظهر فيه الزهو (الطيعى) .

جاز في الاشتراط والبيع مع الأصول ودونها وليس هذا الحكم الا في النخل المأمور خاصة : ولم يطرده في غير النخل من الشجر ، ولا في النخلة الواحدة والنخلتين ، وهذا جمود عجيب ينكره الفهم ، وعدم طرده اياه في النخلة والنخلتين بناء منه على أن النخل اسم جمع ، ولخالفه أن يقولوا : انه اسم جنس ، فان العرب لم تلزمه تاء التأنيث قال الله تعالى : « **أعجاز نخل منقمر** » (١) وإذا كان اسم جنس شمل القليل والكثير كتمر وسائر ما مؤنثه بالتاء مما لم تلزمه العرب كالتخم والبهيم بخلاف الرطب ، فانهم قالوا فيه هو الرطب كما لم تلتزم فيه العرب التأنيث يصح أن يكون اسم جنس ، والنخل من هذا القبيل ، والله أعلم .

(فرع) دل الحديث على أن الثمرة المؤبرة للبائع الا أن يشترط المبتاع أى كل الثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع كلها أو شيئاً منها ، كالنصف والثلث ، وأى جزء كان معلوما فلا تكون كلها للبائع ، بل على حسب الشرط ، والعموم في الأول مأخوذ من الاضافة من قوله : فثمرتها ، والاطلاق في الثانى مأخوذ من عدم الهاء كما تقدم التنبيه عليه في لفظ الحديث ، وبه يقول جمهور العلماء ، ومنهم أشبه من المالكية ، وقال مالك وابن القاسم : لا يجوز أن يشترط بعضها ، وكذلك قال مالك وداود : وفي مال العبد لا يجوز الا أن يشترطه كله أو يذعه كله .

(فرع) هذا الاشتراط هل حكمه حكم البيع أو لا ؟ قد تقدم كلام الشافعى أنه يقابله قسط من الثمن فذلك يدل على أن حكمه حكم البيع عنده ، ومشهور مذهب مالك أن الثمرة اذا اشترطها مشتري الأصل أو اشتراها بيد أنها لا حصة لها من الثمن ، ولو أجيحت كلها كانت من المشتري ، وتمسك ابن حزم في أن هذا الاشتراط ليس ببيع بنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى تزهى : وحمل هذا على عمومه . والقائلون بأن الاشتراط بيع يحتاجون لى تخصيص هذا الحديث أو تأويله على بيعها وحدها .

(فرع) قال أصحابنا : يحصل تسليم الشجرة مع كون الثمار المؤبرة عليها للبائع . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : لا يحصل الا بعد

قطع الثمار ، وممن صرح بهذا الفرع القاضى حسين ، وفرقوا بينها وبين الأرض المشغولة بالزراع على وجه بأن منفعة الشجرة تالفها .

(قصرع) فأما غير المؤبرة فقد علم أنها عند الاطلاق تكون للمشتري ، فلو اشترطها البائع فلا خلاف في الجواز ، وان اختلفوا في جواز افرادها في البيع ، فان ذاك بيع حقيقى وهذا استجد فيصح ، قال القاضى أبو الطيب : قال في كتاب الصرف فذلك جائز ، لأن صاحب النخل نزل عليه تسوية الثمرة في نخله حين باعها اياه اذا كان استثنائها على أن يقطعها ، فان استثنى على أن يقرها فلا خير في البيع لأنه باعه ثمرة لم يبد صلاحها على أن تكون مفردة الى وقت قد تأتى عليها الآفة قبله ، قال القاضى أبو الطيب : وهذا الكلام يقتضى أن من باع نخلا قبل التأبير واستثنى الثمرة لنفسه لم يجز الا بشرط القطع ، وليس يقول بهذا أحد من أصحابنا ، لأنه يجوز أن يشترط مطلقا ، وانما شرط القطع في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها .

(قلت :) قد قال به بعض الأصحاب تخريجا على أن المشرف على الزوال هل يجعل كالأئيل ؟ فان الثمرة بالبيع قد أشرفت على زوالها عن البائع وبالاستثناء كأنها رجعت اليه فأثبتت الداخلة في ملكه ابتداء ، فلذلك شرط شرط قلعهما ، والوجهان مشهوران في طريقة المراوزة حكاهما للقاضى حسين وغيره ، وجعلوا هذه قاعدة أن ما أشرف على الزوال هل يعطى حكم الأئيل ؟ وخرجوا على ذلك مسائل :

(منها) اذا باع دارا واستثنى منفعتها لنفسه سنة هل يصح ؟ كما لو باعها ثم استأجرها أو لا يصح ؟ فيه الوجهان ، فان قلنا هناك : يصح ، فهنا يجب القطع في انحال ، وان قلنا هناك : لا يصح ، فهنا يصح ، ولكن لا يجب القطع في الحال ، هكذا قال القاضى حسين .

(ومنها) اذا جنى المدبر جنابة تستغرق قيمته ، ثم مات السيد ، ولم يخلف غيره ففداه الورثة حكمنا بنفوذ العتق . وفي الولاء قولان (ان قلنا) المشرف كالأئيل العائد فالولاء للورثة : والا فللمتوفى ، ومنهم من يقول نص الشافعى على ما اذا باع الشجرة مطلقا ثم اشترى من المشتري الطلع : فانه يجوز بشرط القطع : هكذا قال القاضى حسين وغيره : وممن جزم بظاهر النص الماوردى على ما حكى الرويانى عنه :

لكن أكثر العراقيين جازمون بإنكار ذلك ، وأن ما نقل عن كتاب الصرف خطأ في النقل ، لأن حرملة نقل اذا كان اشتراها على أن يقطعها فان اشتراها على أن يقرها فلا خير في البيع ، فوقع الخطأ في النقل من قوله : اشترى الى قوله استثنى ، ووافقهم القفال على هذا .

والقاضي حسين أيضا صحح خلاف ظاهر النص ، وحمله تأويله أنه أراد به اذا باع النخل قبل التأبير فكانت الأصول والثمرة للمشتري ثم اشترى البائع الثمرة منه قبل بدو الصلاح لم يجز الشراء الا بشرط القطع ، ولكننا نعود الى الكلام في ذلك عند بيع الثمار .

(وأما) الحديث فليس فيه تعرض لذلك ، نعم قد يقال : اذا كان مقتضاه أن يكون للمشتري فينبغي اذا شرطت للبائع لا يصح كالحمل ، كما لا يصح استثناءؤه لا يصح وهنا ، فما وجه جزم الأصحاب بصحته ؟ ونظرهم بعد ذلك في أنه هل يشترط شرط القطع أم لا ؟ (والجواب) عن هذا أنها ليست كالحمل من كل وجه كما تقدم ، وقد تقدم خلاف في جواز افرادها بالبيع ، فان قلنا به فلا اشكال في جواز استثناءها ، وان قلنا بقول أبي اسحاق المروزي وهو أنه لا يجوز افرادها بالبيع فذلك ، لأن المقصود فيها مغيب ، ولا يلزم من ذلك أن لا يجوز استثناءؤها ، فانه لا يشترط في المستثنى ما يشترط في المبيع . وقال المالكية : ان شرطها للبائع لم يجز ، وكأن المشتري باعها قبل بدو صلاحها .

(فرع) اذا قلنا بأنه اذا استثنى الثمرة يشترط شرط القطع فأطلق ، قال الامام : دل كلام الأئمة أن الاستثناء باطل والثمرة للمشتري ، قال : وهذا مشكل جدا ، وأن صرف الثمرة اليه مع التصريح باستثناءه محال عندي ، فالوجه عد الاستثناء المطلق شرطا فاسدا مفسدا للعقد في الأشجار ، ويكون كاستثناء الحمل . وهذا الذي ذكره الامام هو الذي جزم به الماوردي ، وأنه يفسد البيع تفريعا على هذا القول ولم يذكر غير ذلك وذكر الماوردي أيضا تفريعا عليه أنه لو استثنى نصف الثمرة فسد العقد لتعذر اشتراط القطع .

(فرع) اذا بقيت الثمار غير المؤبرة للبائع بالاستثناء قال الامام : فان لم يشترط التقييد يعني بشرط القطع رأينا الإبقاء . وان شرطنا أوجبنا الوفاء ، ولا خلاف أن الثمار المؤبرة اذا بقيت ولم بيد الصلاح فيها لا يستحق عليه قطعها وان كان يشترط في صحة

بيعها اذا أفردت شرط قطعها (قلت :) لأنها لم تشرف على الزوال .
فان العقد المطلق والحالة هذه لا يقتضى دخولها ، بخلاف ما قبل
التأخير ، وكيفما قدر فظاهر المذهب أنه لا يشترط فى الاستثناء شرط
القطع ، والله أعلم .

(فرع) قال الماوردى : انه لو استثنى البائع نصف الثمرة
بطل العقد ، لتعذر اشتراط القطع به ، وهذا منه بناء على أمرين
(أحدهما) وجوب اشتراط القطع (والأصح) خلافه ، وقد تقدم
الكلام فيه قريبا (والثانى) أن امتناع القطع مبنى على منع القسمة :
وسأئى الكلام فيه فى بيع نصف الثمرة شائعا قبل بدو الصلاح ،
والله أعلم .

(فرع) قد علمت أن هذه المؤبرة عند الاطلاق للمشتري ، فلو
تلفت فى يد البائع قبل القبض ثبت للمشتري الخيار ، ان شاء فسخ
البيع لتلف بعض المبيع قبل القبض ، وان شاء أجاز فى الأصول
بجميع الثمن أو بحصته على القولين فى تفريق الصفقة ، وليس كما
إذا قطعت يد العبد ، فانه ان أجاز يجيز بجميع الثمن قولاً واحداً على
المشهور ، لأن الثمن لا يتقسط على الأطراف ، ويتقسط على الثمرة
كما تقدم من نص الشافعى رضى الله عنه ، ومن صرح بهذه المسألة
القاضى أبو الطيب والمحاملى والرويانى ، وكذلك لو كانت مؤبرة واشترطها
المشتري لنفسه ثم تلفت . وعن البويطى قول آخر فى مسألة العبد
أنه يأخذه بحصته من الثمن . وعن القاضى أبى حامد أن هذا لا يصح
على مذهب الشافعى رضى الله عنه . ومن أصحابنا من خرج تلف الثمرة
غير المؤبرة على القولين فى أن الحمل هل يقابل بقسط من الثمن ؟
وهو مردود لنص الشافعى رضى الله عنه على خلافه .

(فرع) باع نخلة مطنعة ولم يقل للمشتري : انها مؤبرة ،
ولم يعلم المشتري بتأخيرها ، ثم علم . كان الخيار . قاله الشافعى
رضى الله عنه والأصحاب — القاضى أبو الطيب والرويانى والمتولى —
وعلاوه بأن بقاء الثمرة ربما أضر بالشجرة فى سنة أخرى . فان من
الأنجار ما يحمل سنة ولا يحمل سنة . أو يقل فى سنة ويكثر فى سنة ،
وأيضا فانه يحتاج الى الدخول فى ملكه . وربما يتأذى به . قال

ابن الرفعة : ولا يقدح ذلك في البيع قولاً واحداً . وإن قدح في الزرع على وجه : لأن هذه المنفعة تافهة بخلاف منفعة الأرض .

(فرع) بيع الطلع في قشره مفرداً مقطوعاً على الأرض : أو على النخل بشرط القطع ، فيه وجهان (قال) أبو اسحاق : لا يصح : لأن المقصود من الطلع ما في نفسه وهو مستور بما لا مصلحة له فيه (وقال) ابن أبي هريرة : يصح ، لأن الجميع مأكول ، والمأكول إذا استتر بعضه جاز بيعه ، والأول أصح عند المحاملي وصاحب العدة والشيخ أبي حامد فيما نقل عنه ، والثاني أصح عند الشيخ أبي حامد والماوردي والقاضي الطبري والرويانى والجرجاني ، وقال الامام : ان معظم الأصحاب ذهبوا اليه ، وان صاحب التقريب حكى فيه قولين ، وبناءهما على بيع الحنطة في سنبلها ، ونقل ابن الصباغ عن أبي حامد أنه اختار قول أبي اسحاق .

ثم المجوزون لذلك انما يجوزونه بشرط القطع اذا كان على النخل ، كما دل عليه كلام ابن الصباغ والرويانى وغيرهما ، وهو ظاهر . والمسألة المذكورة في الكتاب في باب النهي عن بيع الغرر وشرحها النووي هناك ولا خلاف أن قوت التأبير لا يكون لوجود التأبير ، قال صاحب التتمة : كما أن الاعتبار بولادة الجارية لا بوقت الولادة . وسيأتى في كلام الامام ما قد يتوهم منه خلاف ذلك ، ونذكر تأويله هناك ان شاء الله تعالى .

وقال ابن الرفعة : اذا شقق الطلع قبل أوان تشققه فهو للمشتري ، وان شقق في أوانه فهو للبائع ، وان لم يتشقق بنفسه ولا شقق في أوانه فهل يكون للبائع اقامة لوقت انتشقق مقام التشقق أو لا ؟ فيه نظر واحتمال (قلت :) وهذا الاحتمال باطل ، والحكم كما مر مع الظهور وجوداً أو عدماً .

(فرع) قال الشيخ أبو محمد : اذا أبر الطلع وحكمنا ببقائه للبائع فحرم الكمام للمشتري : فانه يترك على النخلة . نقله عنه في النهاية ، وجزم به في الروضة نقلاً عن البسيط عند الكلام فيما يدخل تحت اسم الشجرة .

(فرع) باع نخلة لم يخرج طلعتها فانه يخرج طلعتها على ملك المشتري . فلو استثناه البائع بطل البيع قاله الخوارزمي في الكافي .

(فرع) لو شرط غير المؤبرة للمشتري قال في التتمة : كان تأكيدا
ولك أن تقول : يصير كشرط الحمل اذا صرح به ، وفيه خلاف ، وسيأتى
نظيره فيما اذا باع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح ، قالوا فيها :
يصح ، وسيأتى البحث المذكور فيها وهو هنا أقوى لأن المؤبرة
التي لم يبد صلاحها يجوز بيعها بمفردها قولاً واحداً ، ولكن يشترط
فيه شرط القطع ، وغير المؤبرة لنا في بيعها مفردة خلاف ، فمن يقول
بعدم الصحة يوجب الحاقها بالحمل ، فإذا صرح بدخولها كان كما لو
صرح بدخول الحمل ، وفيه خلاف (والأصح) عند الرافعي بطلانه ،
والله أعلم .

(فرعان) ذكرهما أبو العباس بن سريج ، ونقلهما الشيخ
أبو حامد في تعليقه عنه .

(أحدهما) اشترى نخلة فأثمرت في يد البائع ، فالثمره للمشتري ،
ولا يكون شيء من الثمن مقابلاً لها ، وهي أمانة في يد البائع فان سلمها
استقر البيع في النخلة . وخرجت الثمرة من أمانته ، وان تلفت انفسخ
البيع في النخلة ، وعليه رد ثمنها ، ولا شيء عليه لأجل الثمرة : وان
تلفت الثمرة سلم النخلة وأخذ جميع الثمن ، وان سلمت الثمرة
وتلفت النخلة سقط جميع الثمن عن المشتري ، وأخذ الثمرة ولا شيء
للبائع .

(الثاني) اشترى أرضاً عليها نخيل مؤبرة : واشترط كل ذلك .
وكانت قيمة الجميع متساوية فحدثت ثمرة أخرى قبل أن يتسلمها :
فالثمره الحادثة في ملك المشتري . فان أكل البائع الثمرتين جميعاً كان
عاصياً فيهما ، وعليه بدل الثمرة الخارجة ان كان أكلها رطباً فثمنه
وان كان أكلها تمراً فمثله . وأما الخارجة فالمشتري بالخيار لأجلها .
فان فسخ البيع رجع بجميع الثمن : وان أجاز فعلى القولين في جناية
البائع (ان قلنا :) كالألفة السماوية أجاز في الأرض والنخل بحصتهما
من الثمن (وان قلنا :) كالأجنبي أعطاه جميع الثمن ثم غرمه بدل الثمرة .
والله أعلم .

(فائدة) الغزالي رحمه الله تعالى في المستقصى من المنكرين لهذا

المفهوم : ولكنه في كتبه الخلافية كالتحضير^(١) بالغ في اثبات ذلك وتقديره . وأن عرف العرب في الاستعمال أفهم أمورا تكاد تزيد فوائدها على موجب الأوضاع ، وأن الاشكال في المسكوت عنه والبقاء على النفي الأصل فيهما إنما كان قبل التخصيص : أما بعد التخصيص ارتفع الاشكال وصار ذلك معلوما بدليل من جهة الشرع ، والسر في الفرق بين هذه المفهومات وبين مفهوم اللقب حيث لم يكن حجة على المختار أن التخصيص هو الطريق المستعمل عرفا للنفي والاثبات بطريق الإيجاز ، ومعنى التخصيص إيقاع الخصوص بقطع بعض الجملة عن الجملة . والجملة إما أن تتمثل في الذكر بقوله : من باع نخلة فإنها تتناول المؤبرة وغير المؤبرة ، فإذا استدرك وقال : بعد أن تؤبر كان ذلك تخصيصا وقطعا عن جملة وإما أن تتمثل في الوهم بأن يكون ذكر أحد القسمين مذكرا للآخر المقطوع عنه بالضرورة كقوله : الثيب أحق فأنه قطع عن البكر ، إذ الثيابة والبكارة صفتان يتقاطعان على التعاقب ، وضعت كل واحدة منهما لفصل قسم عن قسم ، والعلف أيضا كذلك مع اثبات الثيابة بذكر الثيابة والسوم بالضرورة ، واليوم في قوله « ثم أتموا الصيام إلى الليل »^(٢) والتأثير نفى البكارة والعلف والليل والاستتار ، وليس في اثبات البر نفى الزعفران والأدوية والفواكه وغيرها أو لا اتصال بين البر وغيره حتى يكون ذكره قطعاً لذلك الاتصال . نعم قد يدل على التخصيص بقريئة تنضم إلى الذكر القاصر ، فأما مجرد الذكر فلا يدل ، والتخصيص دليل بالوضع العرفي ، فلا يخرج عن كونه دليلاً إلا بقريئة ، فليدرك التفاوت بين المرتبتين . وهذا الذي ذكره الغزالي رحمه الله من نفيس الكلام لمن أنصف من نفسه ، وفهم بذوقه الفرق بين المرتبتين . فيعلم بهذا الكلام السبب في ذلك (وأما) من لم يشهد ذوقه للفرقة قال : فهو جدير بأن لا يكلم ، ومراده بالعرف عرف المحاورة في كلام العرب لا عرف طارئ بعدهم . وهذا السر هو الموجب لكوننا لم نقل بمفهوم قوله : « فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به »^(٣) ومفهوم

(١) كذا في شوقي وليس في شيء من كتب الغزالي باسم التحضير ونعله صحف واسمه « التحصين » وهو كتاب « تحصين المآخذ » في الخلافات

(المطبع)

(٢) البقرة : ٢٢٩ .

(٣) البقرة : ١٨٧ .

قوله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل » .

(وأما) الأول فلأن الخلع لا يتفق الا في حالة الشقاق ، ويستحيل بحكم العادة وقوعه في حالة المصافة : وما لا يقع عرفا فليس من غرض الشرع بيانه ، فقد استوعب الشارع كل محل الحاجة ، ولم يقع البعض عن البعض ، وذكره اللخوق ذكره لمحل الحاجة الى البيان : وهو كل محل الحاجة (وأما) الحديث فلأن المرأة اما أن تقوض أمرها للولى لحياتها أو تستقل لزوال حياتها (أما) المباشرة بأذن الولى فلا تقع في العادة فلم يكن من محل البيان في غرضه ، والله أعلم .

(فائدة أخرى) في التأبير ، عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال : « أبصر النبي صلى الله عليه وسلم الناس يلقحون النخل فقال : ما للناس ؟ قالوا : يلقحون . فقال : لا لقاح - أو لا أدري اللقاح شيئا . فقال : فتركوا اللقاح . فخرج ثمر الناس شبيها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : ما شأنه ؟ قالوا : كنت نهيت عن اللقاح ، فقال : ما أنا بزارع ولا صاحب نخل لقاخوا » أورد أبو بكر محمد بن موسى الحازمي هذا الحديث في كتابه الناسخ والمنسوخ لتضمنه النهي عن اللقاح ثم الاذن فيه ، ونقل عن بعضهم أن قوله : « لا لقاح » صيغة تدل على النهي وأن للشارع أن يتحكم في أفعال العباد كيف أراد ، ولهذا قالوا للنبي صلى الله عليه وسلم : كنت نهيت عن اللقاح ولم ينكر عليهم : ومال الحازمي الى أن ذلك ليس بحكم شرعى . ولقونه في رواية أخرى : « انما ظننت ظنا فلا تؤاخذونى بانظن : ولكن اذا حدثتكم عن الله تعالى شيئا فخذوا به . فاننى لن أكذب على الله » ثم قال الحازمي : وعلى الجملة الحديث يحتمل كلا المذهبين . ولذلك أبقينا يعنى في الناسخ والمنسوخ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع فحالا وعليه طلع لم يتشقق ففيه وجهان) أحدهما أنه لا يدخل في بيع الأصل ، لأن جميع الطلع مقصود مأكول ، وهو ظاهر ، فلم يتبع الأصل كالتين (والثانى) أنه يدخل في بيع الأصل وهو الصحيح ، لأنه طلع لم يتشقق ، فدخل في بيع

الأصل كطلع الاناث وما قاله الأول لا يصح لأن المقصود ما فيه وهو الكثر الذى يلحق به الاناث وهو غير ظاهر ، فدخل في بيع الأصل كطلع الاناث) .

(الشرح) الفحال بضم الفاء وحاء مهملة مؤسدة . وآخره لام ذكر النخل ، وقال ابن فارس : الفحال فحال النخل وهو ما كان من ذكره فحلا لاناثه ، قال ابن قتيبة : وهو فحال النخل ولا يقال : فحل . ولذلك اعترض معترض على الشافعى رضى الله عنه ، فان الشافعى قال : وان كان فيها فحول ، فقال هذا المعترض : ان هذا خطأ لأنه لا يقال في النخل فحل ، ولا في جمعه فحول ، وانما يقال فحال وجمعه فحاحيل ، وأجاب الأصحاب بأن كل واحد منهما جائز في اللغة ، وقد ورد به الشعر . قال الشاعر :

تأبرى يا خيرة العسل تأبرى من جيد فسل

إذا ضن أهل النخل بالفحول

والكثر بضم الكاف وبالثنين المعجمة هو ما في بطون طلع الفحال الذى يلحق بها طلع الاناث .

(أما الأحكام) فقال الأصحاب تبعاً للشافعى : (إذا كان في النخل فحول فاما أن تفرد الفحول بالبيع واما أن يبيعهما معا فان أفرد الفحول بالبيع فاما أن يكون قد تشقق شيء من طلعهما أولا ، فان تشقق شيء من طلعهما فالثمرة للبائع بلا شبهة) وان لم يكن تشقق شيء من طلعهما (فأحد) الوجهين أنه للمشتري وهو الصحيح وقال المصنف في التنبيه والشيخ أبو حامد في تعليقه : انه المنصوص . وادعى بعضهم أنه ليس في المسألة نص (ومن أصحابنا) من قال : للبائع ، مستدلاً بأن ظهور طلع الفحال بمنزلة تشقق طلع الاناث لأنه ليس له ثمرة غيره بخلاف طلع الاناث فان المقصود ما في جوفه ، فاذا لم يظهر بالتشقق يكون للمشتري وهذا أصح عند الماوردى والجرجاني في التحرير ورد الأصحاب ذلك بأن المقصود من طلع الفحال ليس هو الأكل ، بل الكثر الذى يلحق به ، وهو غير ظاهر فهو كالاناث في التشقق سواء .

قال الماوردى : هذان الوجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا في

طلع الاناث هل يقاس على الحمل قياس تحقيق ؟ أو قياس تقريب ؟
قال بعضهم : قياس تحقيق ، فعلى هذا لا يصير طلع الفحال مؤبدا
الا بالتشقق وقال آخرون بل قياس تخريب اعتبارا بالعرف فعلى هذا
يصير طلع الفحال مؤبدا اعتبارا بالعرف اهـ .

ولو كان قد تشقق شيء من طلع الاناث وأفرد الذكور بالبيع
وهى غير مؤبرة ففيها وجهان كالوجهين الآتين فيما اذا أفرد ما لم
يؤبر بالبيع قاله الفورانى وأما اذا جمع في العقد بين الفحول والاناث
فان كان قد تشقق شيء من طلع الاناث فطلع الكل للبائع على
الوجهين اتفاقا (أما) على الصحيح فلأن الكل كطلع الاناث وأما على
الوجه الآخر : فان طلع الاناث تشقق ، وطلع الفحال له بكل حال .
وقد جزموا على الصحيح ههنا أن طلع الفحول يتبع طلع الاناث ، وكان
ينبغى أن يأتى فيها وجه بأن طلع الفحال للمشتري ، بناء على أن أحد
النوعين لا يستتبع الآخر ، كما سنحكيه عن القاضى حسين والامام
في القسم الآخر لغير المتشقق فيه : فهو كجنس آخر . وهذا الكلام
منه كالصريح بجريان الخلاف .

وقال الجورى : اذا كان فيها فحول فقد اختلف أصحابنا . فقال
أبو حفص : انما جعلت الفحول تابعة لأنها للأقل فالنادر يدخل في
الغالب : ولأن الغرض من طلع الفحال أكله غالبا . فاستوى المؤبر
منه وغيره ، وقال غيره : اذا تشقق شيء من الاناث فباقى الحائط
وذكوره واناثه تبع له : واذا تشقق شيء من الذكور فسائر ما بقى
من الذكور والاناث تابع . فهذا الكلام يقتضى أن أبا حفص وهو
ابن الوكيل هو القائل بأن طلع الفحال للبائع بكل حال . وأنه علل
تبعيتها للاناث عند الاجتماع بهذه العلة وبعلة أخرى وهى الندرة .
غير أن التعليل بالندرة انما يتم على ما هو المهود غالبا . فلو فرض
كثرة الفحول زالت هذه العلة وان لم يتشقق شيء منها أصلا لا من
طلع الاناث ولا من طلع الفحول . فعلى الصحيح اكل للمشتري ، وعلى
الوجه الآخر طلع الاناث للمشتري والفحال للبائع .

وقال القاضى حسين : على هذا الوجه فيه وجهان كما في طلع
الاناث اذا كان من صنفين وتشقق البعض دون البعض . وجمع بينهما

في العقد . وكذلك الامام جعل تبعية الاناث للذكور كاستتباع النوع النوع ، وكذلك حكى الوجهين ، وقال : ان الأصح أن طلع الاناث لا يتبع طلع الفحول وان كان طلع الفحول يتبع طلع الاناث ، وقال المتولى : انه على هذا الوجه يكون الفحول والاناث كالجنسين ، فلا يجعل الاناث تبعا لها ، وان كان قد تشقق شيء من طلع الفحول فقط فعلى الصحيح الطلع كله للبائع .

وحكى في الحاوى وجهها وصححه أن طلع الاناث لا يتبع طلع الذكور ، وان كان طلع الذكور يتبع طلع الاناث ، لأن مقصود الثمار طلع الاناث ، وطلع الذكور يقصد لتلقيحه لا لنفسه ، وهذا الوجه هو الذى يدل عليه نص الشافعى رضى الله عنه كما سأبينه قريبا ان شاء الله تعالى ، فعلى هذا يكون حكمه كما سيأتى على الوجه الآخر ، وعلى الوجه الآخر طلع الفحول للبائع بالظهور وطلع الاناث للمشتري ، وبنبغى أن يأتى فيه وجه أن طلع الاناث أيضا للبائع بناء على أن أحد النوعين يستتبع الآخر على قياس ما حكاه القاضى حسين ، الا أن يتمسك بما تقدم عن صاحب التتمة أن الذكور مع الاناث على هذا الوجه كالجنسين وهو بعيد .

واعلم أن عبارة المختصر : وان كان فيها فحول بعد أن تؤبر الاناث فثمرتها للبائع ، وظاهر هذه العبارة اذا باع الفحول والاناث جميعا وقد أبرت الاناث فالكل للبائع ، وهى الصورة التى حكينا الاتفاق فيها على ذلك . وأبدينا فيها احتمال وجه ، وعبارة الشافعى فى الأم : (ومن باع أصل فحل نخل أو فحول بعد أن تؤبر اناث النخل فثمرتها للبائع الا أن يشترطه المبتاع) وهذا يشبه عبارة المختصر الا أن اطلاق عبارة الأم تصدق على ما اذا باع الأصل وحده بعد تأبير الاناث وهذا لا يستمر الا على الوجه القائل بأنه اذا أفرد ما لم يؤبر يجوز اذا كان تأبر شيء من غير نوعه من ذلك الجنس ، ومفهومه يقتضى أنه اذا باع الفحل قبل التأبير يكون طلمه للمشتري ، كما ادعى المصنف فى التنبيه أنه المنصوص وفى ظاهره اشكال لأنه يشمل ما اذا تأبر هو قبل أن تتأبر الاناث ، ولا يمكن القول بأن ذلك للمشتري ، فلذلك عبارة المختصر أمين .

ثم قال الشافعى فى الأم : (ومن باع نخلا قبل أن تؤبر اناث النخل فالثمرة للمشتري) وهذا النص يقتضى أن ثمرة الاناث لا تتبع ثمرة الفحول على خلاف ما قدمناه عن الأصحاب أنه اذا تشقق شيء من طلع الفحول يكون الطلع كله للبائع على الصحيح ، ويشهد للاحتمال الذى أبديته فيه ، هذا ان كان قول الشافعى نخلا بالنون والخاء المعجمة ، وان كان بالفاء والحاء المهملة فأشذ : فانه حينئذ يقتضى أن الفحال اذا أفرد بالبيع وقد أبر ولم تؤبر الاناث أن طلعه للمشتري ولا قائل بذلك نعلمه من الأصحاب ، وانما جوزت هذا الاحتمال فى لفظ الشافعى لأنه أتى به فى مقابلة من باع فصلا بعد أن تؤبر الاناث فقسيمة من باع فصلا قبل أن يؤبر ، وان كان ذلك ليس بلازم — والله سبحانه وتعالى أعلم — ويؤيد ما قلته أن الشافعى قال أيضا فى المختصر : ولو تشقق طلع اناثه أو شيء منه فهو فى «حصى» ما أبر نخله ، فمفهوم هذا أنه لا يكتفى فى ذلك بتشقق طلع المذكور .

(فائدة) أطلق المصنف الوجهين فى هذا الكتاب ، ولم ينسب شيئا منهما الى النص ، وكذلك فعل القاضى أبو الطيب ، وفى التنبيه قال : وقيل : ان ثمرة الفحال للبائع بكل حال ، وهو خلاف النص ، وكذلك فعل الشيخ أبو حامد ، فهذا أحد المواضع التى يؤخذ منها ما اشتهر على ألسنة الفقهاء أن التنبيه مأخوذ من طريقة الشيخ أبى حامد . والمهذب من طريقة القاضى أبى الطيب ، وذلك غير مستمر ، فسيأتى فى تقسيم الشجر أنه تبع الشيخ أبى حامد ولم يتبع أبى الطيب ، لكن ذلك فى صنعة التصنيف لا فى النقل وفى ذلك الموضع يأتى كلام فى مخالفته أبى حامد أو موافقته والظاهر عندى أنه لم يلتزم متابعة طريقة واحدة فى كتاب منهما ، نعم ان كان ذلك فى الأكثر فربما . ويترك ذلك فى بعض الأوقات لما يترجح عنده ، ولم أقف من نص الشافعى فى الفحال الا ما حكىته عن الأم والمختصر ، فيحتمل أن يكون الشيخ أبو حامد والمصنف وقفا على نص آخر أصرح منهما ، ويحتمل أنهما أخذا من ذلك ، والله أعلم .

(فرع) قال الماوردى : اذا أخذ طلع الفحال جاز بيعه فى قشره ، لأنه من مصلحته ، وكان أبو اسحاق يمنع من بيعه حتى يصير بارزا ، قال : وليس هذا بصحيح ، ونسب الامام الأول الى معظم

أصحابنا ، وذكر عن صاحب التقريب أنه ذكر في ذلك قولين ، وأنه بناهما على بيع الحنطة في سنبليها ، قال الامام ، وهذا مقدر حسن .

(فائدة أخرى) ادعى بعضهم أنه ليس في خصوص مسألة الفحال نص للشافعي ، وأنه لا يمكن أخذه من اطلاقه أن الابار حد لملك البائع ، لأن الابار عبارة عن اصلاح طلع الاناث بعد تشققه أو شقه بالكش الذي في طلع الفحال ، فلا ابار في الفحال ، فلا دخول له في هذا ، ولا يمكن حمل كلامه في التنبيه في قوله : وهو خلاف النص على نص الحديث ، لأن الحديث انما يحمل على التأبير اللغوي ، وهو انما يكون للاناث على ما سبق ، وجعل المتشقق في معناه حكم شرعي من الحاق الفقهاء بالمفصوص عليه فهو بكلام الشافعي أولى .

(فرع) باع فحالا لا طلع عليه ، ثم أطلع قبل لزوم العقد ، قال في الاستقصاء : (فان قلنا :) انه كطلع الاناث فهو للمشتري (وان قلنا :) انه كالمؤبرة وقلنا : انه يملك بالعقد أو موقوفه فهو أيضا للمشتري (وان قلنا :) انه لا يملك الا بالعقد وانقضاء الخيار فهو للبائع لأنه حدث والمبيع على ملكه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع حائطا أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر ، فيكون الجميع للبائع ، لانا لو قلنا : ان ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري أدى الى سوء المشاركة واختلاف الايدي فجعل ما لم يؤبر تابعا للمؤبر ، لأن الباطن يتبع الظاهر ، ولم يجعل ما أبر تابعا لما لم يؤبر ، لأن الظاهر لا يتبع الباطن ، ولهذا جعلنا أساس الدار تابعا لظاهرها في تصحيح البيع ، ولم نجعل ظاهرها تابعا للباطن في افساد البيع (١) .

[وقال ابو علي بن خيران : ان كان نوعا واحدا جعل غير المؤبر تابعا للمؤبر ، وان كان نوعين لم يجعل ما لم يؤبر من أحد

(١) ما بين المقومين ساقط من ش و ق وهو عن نسختنا المخطوطة ، وانظر هذا كله كان ساقطا دون ان يحقته المشايخ رحمهم الله في طبعاتهم ودون ان يذعن ناشر (ق) للحق فيجعله حيث وضعته الآن وحسبنا الله ونعم الوكيل .

النوعين تابعا للمؤبر من نوع آخر ، لأن النوع الواحد يتقارب ظهوره والنوعان يختلف ظهورهما والمذهب الأول لما ذكرناه من سوء المشاركة واختلاف الأيدي وذلك يوجد في النوعين كما يوجد في النوع الواحد . وأما إذا كان له حائطان فأبر أحدهما دون الآخر وباعهما فإن المؤبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري ولا يتبع أحدهما الآخر لأن انفراد كل واحد منهما بثمرة حائظ لا يؤدي الى سوء المشاركة واختلاف الأيدي ، فاعتبر كل واحد منهما بنفسه] .

(الشرح) الحائظ وهو البستان من النخيل .

(أما الأحكام) ففي هذه الجملة مسألتان (الأولى) إذا باع حائظا أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر ، وجعل ما لم يؤبر تابعا لما أبر (أما) إذا كان نوعا واحدا فاتفق عليه الأصحاب تبعا للشافعي رضى الله عنه ، واستدلوا هم وغيرهم لذلك بأن تأبير البعض يحصل للنخل اسم التأبير فيشمله قوله صلى الله عليه وسلم : « من باع نخلا قد أبرت » قال ابن عبد البر : وأصل الإبر أن يكون في شيء منه الإبر ، فيقع عليه اسم أنه قد أبر ، كما لو بدا صلاح شيء منه ، وفيما ذكروه من إطلاق اسم التأبير على الجميع بتأبير بعضها توقف لا يخفى ، لا سيما على ما يقوله أصحابنا أنه يكفي تأبير نخلة واحدة في البستان ، بل طلعة واحدة ويصير الباقي تبعا فدعوى إطلاق التأبير على الجميع حقيقة في غاية البعد .

وقد وقع في كلام ابن حزم ما يقتضى أن لفظ الحديث : وفيها ثمرة قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، وهذا لو ثبت كان صريحا في المطلوب ، لكنى لم أجده في شيء من ألفاظ الحديث التي وقفت عليها ، وإنما فيها كلها جعل التأبير صفة للنخل المبيعة ، وحقيقة ذلك أن يكون في الجميع . واللفظ الذى ذكره ابن حزم لم يذكره بإسناد بل أتى به في ضمن استدلال : فلعله لم يثبت فيه ، نعم لا يشترط أن يوجد التأبير في كل طلح النخلة ، بل متى وجد في شيء منها صح أنها أبرت ، فيكون جميع ثمرتها للبائع ، وإن كان بعضها غير مؤبرة استدلالا بالحديث ، ويعضد الأصحاب وغيرهم فيما اتفقوا عليه من الاكتفاء بتأبير البعض أن العادة لم تجر بتأبير جميع النخل ، بل يكتفون بتأبير بعضها .

واستدل أبو اسحاق المروزي لذلك بما ذكره المصنف : وزاده المصنف بالاستشهاد بأساس الدار ، وهو جواب عن سؤال مقدر أورده الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرهما ، وأجابوا عنه وهو أنه هلا جعل ما أبر تابعا لما لم يؤبر في دخوله في البيع ؟ وأجابوا بأنه استقر في الشرع أن الباطن تبع للظاهر ، وليس الظاهر تبعا للباطن ، فان ما بطن من أساس الحائط ورؤوس الأجذاع تبع لما ظهر في جواز البيع ، وأيضا فإنه كان يلزم منه مخالفة منطوق الحديث ولك أن تقول على الأول : ان الحكم بتبعية الأساس أمر ضروري لصحة البيع ولا كذلك الثمار ، ألا ترى أنه لو شرط أن تكون المؤبرة للبائع وغير المؤبرة للمشتري ، اتبع شرطه ، فإنها لو كانت كلها مؤبرة وشرط بعضها اتباع شرطه وسوء المشاركة موجود فكأنهما رضيا به ، وأورده العقد عليه ، وكل عقد فيه مشاركة فهو مظنة الضرر ومع ذلك يصح كثير من العقود المقتضية للمشاركة ، واستدلوا أيضا بأن بدو الصلاح في بعضها بمنزلة بدو الصلاح في جميعها ، فكذلك التأبير ، ولك أن تجيب بأن المعنى في الأصل أن الثمرة متى تركت حتى يوجد الصلاح في جميعها أدى الى أن لا يصح بيعها بحال فإنه الى أن يتكامل فيها يتساقط الأول فيؤدي الى فساد الثمرة وتأذى مالكاها وليس هذا المعنى موجودا هنا ، والله أعلم ، وفي كلام الشافعي في الأم إشارة الى الدليلين اللذين استدل بهما الأصحاب .

(وأما) اذا كان الحائط أنواعا فالمذهب أيضا أن ما لم يؤبر تابع لما أبر ، فان الشافعي قال : اذا بيعت رقبة الحائط وقد أبر شئ من نخله فثمرة النخل تلك في عامه ذلك للبائع ، ولو كان منه ما لم يؤبر ، ولم يطلع ، لأن حكم ثمرة ذلك النخل في عامه ذلك حكم واحد ، كما يكون اذا بدا صلاحه ولم يؤبر ، قال صاحب التتمة : ويخالف الجارية الحامل بولدين ، وضعت أحدهما ثم باعها قبل وضع الآخر ، لا يجعل تبعا للمولود على ظاهر المذهب ، لأن الولد بعد الانفصال ليس له تعلق بالأم فيفرد كل واحد بحكمه والطلع بعد التأبير متصل بالشجرة ، هذا الفرق ذكره صاحب التتمة في النخلة الواحدة يكون بعض طلعا مؤبرا وبعضها غير مؤبر ، فأما اذا كان بعض النخل مؤبرا وبعضها غير مؤبر ففرق بينه وبين الأغنام يبيعها وقد نتج بعضها يبقى نتاجها

للبيائع والتي لم تنتج يدخل حكمها في العقد لأن نتائج الأغنام لا يتفق في وقت واحد بخلاف النوع الواحد من الفخيل .

وقال أبو علي ابن خيران : لا يكون تأييرا الا في نوعه ، لأن الأنواع يختلف ادراكها وتتفاوت ، والنوع الواحد لا يتفاوت ، ورد الأصحاب عليه بما ذكره المصنف وعمن وافق الأصحاب على ذلك أبو علي ابن أبي هريرة لكنه شرط في ذلك أن يكون أطلع حتى يكون في حكم المؤبر وان اختلف النوع (أما) ما ظهر من الطلع بعد البيع ، فقال بأنه للمشتري لأنه ظهر في ملكه وغلطوه في ذلك بالنص الذي قدمته عن الشافعي آنفا ، وحكمه بأن ثمة ذلك العام للبيائع ، ولو كان فيه ما لم يؤبر ولم يطلع ، وهذا نص صريح .

وقول ابن أبي هريرة هذا صححه الماوردي ، وسيأتي في كلام المصنف ، وانما ذكرته هنا لتعلقه به ، فإنه ينتظم به فيما اذا باع نخلا وفيه ثمرة مؤبرة ثلاثة أوجه (أحدها) وهو المذهب ان ثمة جميع ذلك العام للبيائع (والثاني) قول ابن خيران ليس للبيائع الا المؤبر (والثالث) قول ابن أبي هريرة : أن للبيائع المؤبر والمطلعة غير المؤبرة عند البيع وللمشتري ما أطلع بعد البيع ، والله أعلم ، ولم يقل أحد من الأصحاب بافراد المؤبر بحكمه ، ومذهب مالك رحمه الله أنه اذا أبر أكثر الحائط فهو للبيائع حتى يشترطه المبتاع ، وان كان المؤبر أقله فكله للمبتاع ، واضطربوا اذا أبر نصفه ، قال ابن عبد البر : والأظهر من المذهب أنه للمبتاع الا أن يكون النصف مفردا فيكون للبيائع .

(فرع) هذا كله فيما اذا باع الجميع : أما اذا أفرد غير المؤبر بالبيع فسيأتي ذلك في كلام المصنف رحمه الله تعالى ان شاء الله تعالى (المسألة الثانية) اذا كان له حائطان فأبر أحدهما دون الآخر وباعهما فان المؤبر للبيائع ، وما لم يؤبر للمشتري ، ولا يتبع أحدهما الآخر لما ذكره المصنف : هذا هو الصحيح المشهور الذي جزم به القاضي أبو الطيب والماوردي والرويانى كما فرقنا في الشفعة بين ما قسم وبين ما لم يقسم . وقاسه الشيخ أبو حامد أيضا على بدو الصلاح ، فان بدو الصلاح في أحد الحائطين لا يستتبع

الآخر . وفيه وجه آخر ان أحد البستانين يتبع الآخر ، وجعل
الرافعي الخلاف في البستانين مرتبا على البستان الواحد فحيث قلنا
في البستان الواحد ان كل واحد من المؤبر وغير المؤبر يفرد بحكمه
فهنا أولى .

وحيث قلنا بأن غير المؤبر يتبع فهنا وجهان (أحدهما) ان كان
بستان يفرد حكمه ، والفرق أن لاختلاف البقاع تأثيرا في وقت التأبير
فاقتضى كلام الرافعي رحمة الله جريان الخلاف في البستانين في صور
(احداها) عند اتحاد النوع والصفة (والثانية) عند اختلاف النوع
على المذهب (والثالثة) عند تعدد الصفة اذا أفرد البستان الذي
لم يؤبر بالبيع ، فانه يكون كما لو أفرد غير المؤبر في البستان الواحد ،
ولنا فيه خلاف سيأتي ، الأصح أنه لا يتبع فعلى الوجه الآخر مقتضى
كلام الشافعي (١) أن يأتي في البستانين خلاف اذا أفرد غير المؤبر بالبيع ،
وكلام المصنف يقتضى على الصورتين الأوليين ما اقتضاه كلام الرافعي
من جريان خلاف عند اتحاد النوع والصفة موجود لغيره ، فان القاضي
حسين حكى عنه في ذلك وجهين .

وأما عند اختلاف النوع فغريب ، وقد جزم صاحب التتمة فيه
بعدم التبعية . وجعل محل الوجهان فيما اذا كان الصنف واحدا ،
فأما اذا أفرد البستان الذي لم يؤبر بالبيع فأغرب لم أره لغير الرافعي ،
لكنه يشبه ما ذكره الأصحاب في بدو الصلاح والفرق واضح من
جهة أن المطلوب ببدا الصلاح أمنها من العاهة ، وقد يقال : انه حاصل
بدخول وقته وان لم تشمل صفة ، والمطلوب تأثير أن يكون المبيع أو
بعضه بارزا وهو مفقود هنا قال الرافعي وغيره : ولا فرق بين أن
يكون البستانان متلاصقين أو متباعدين .

قال ابن الرغمة : يشترط أن يكونا في اقليم واحد بل في مكان طبعه
واحد وما ذكره صحيح مأخوذ من كلام الشافعي رضى الله عنه ، وعليه
يحمل كلام الرافعي وغيره ، ثم اعلم أن المراد بالحائطين ما يكون

(١) في الأصل الرافعي بدل الشافعي ولما كان القاضي حسين سابقا
في عصره على الرافعي فبكون الوجهان اللذان حكاهما القاضي عما قولان
للشافعي . ط .

أحدهما مئثرا غير الآخر ولا يشترط أن يكون محوطا ، فإن صاحب البيان ذكر المسألة فيما إذا كان له حائطان فيهما نخيل أو قطعتان من الأرض فيهما نخيل ، لكن ينبغي أن يضبط ذلك بضابط ، فإن قطعتي الأرض المتجاورتين كالأرض الواحدة التي لها جانبان ، وجعل التأبير في أحد الجانبين دون الآخر ، ثم باع الجميع فإن ما لم يؤبر تابع لما أبر ، فإذا كان الأرضان غير متجاورتين كانا كذلك ، فينبغي أن يضبط ذلك بأن يكون بينهما نوع من التمييز حتى يعدا في العرف مكانين ، ولا يعدان مكانا واحدا ، وأسباب ذلك اما حاجز بينهما ، واما غير ذلك مما هو معلوم في العرف فإن من الأراضي ما هي قطعة متجاورة ويحكم أهل العرف بأنها أراض لا أرض واحدة لنوع من التمييز بينها •

(وأما) القطعة الواحدة إذا أبر جانبها منها دون جانب ثم باع الجميع حصلت التبعية ، لأن صاحب الحاوي قال (١) : وقال الشيخ أبو حامد : انه لا يشترط الحاجز ، وإنما يعتبر أن يصدق عليهما اسم الانفراد وهو اشارة الى ما قلناه •

(فرع) هذا الحكم المذكور من أول الفصل الى هنا أن المؤبر لا يتبع النخلة المبيعة ، وغير المؤبر يتبع ، لا فرق فيه بين أن يكون المبيع النخيل دون البستان أو معه . وهذا — وان كان من الواضحات — فإن صاحب العدة صرح به ، فذكرته تبعا له ورغبة في الايضاح ، والله سبحانه أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان له حائط أطلع بعضه دون بعض فأبر المطلع ثم باع الحائط ، ثم أطلع الباقي ، ففيه وجهان ، قال أبو علي ابن أبي هريرة : ما أطلع في ملك المشتري لا يتبع المؤبر ، بل يكون للمشتري ، لانه حادث في ملكه فلا يصير للبائع (والثاني) انه يتبع المؤبر ، فيكون

(١) بياض بالأصل ولعل الماوردي منقول قوله هو قول الشيخ أبي حامد لأنه رحمه الله توفي سنة ٤٥٠هـ حيث توفي الشيخ أبو حامد ٤٠٦هـ ببغداد ، والله أعلم بالصواب •

للبيع ، لأنه من ثمرة عامة ، فجعل تابعاً له كالطلع الظاهر في حال العقد فإن أبر بعض الحائط دون بعض ثم أفرد الذى لم يؤبر بالبيع ففى طلعه وجهان (أحدهما) أنه للبايع ، لأننا جعلناه فى الحكم كالمؤبر بدليل أنه لو باع الجميع كان للبايع ، فصار كما لو أفرد بعض المؤبر بالبيع (والثانى) أنه للمشتري ، لأنه إنما جعل كالمؤبر إذا بيع معه ، فيصير تابعاً له ، فاما إذا أفرده فليس بتابع للمؤبر فتبع أصله) •

(الشرح) فيه مسألتان :

(المسألة الأولى) إذا باع جميع نخل البستان ، وقد أبر بعضها وبعضها لم يطلع بعد ، فأطلع بعد البيع فى ملك المشتري فلا اشكال فى أن المؤبر للبايع وأن ما كان وقت العقد مطلقاً غير مؤبر تابع له ، فيكون للبايع أيضاً (أما) ما أطلع بعد ذلك ، فإن كان من طلع العام المستقبل فهو للمشتري . وليس محل الوجهين ، نبه عليه الماوردى : وهو ظاهر من كلام المصنف وإن كان من طلع ذلك العام ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول ابن أبى هريرة ، وادعى الماوردى أنه الأصح ، وتبعه ابن أبى عاصرون أن ما أطلع فى ملك المشتري لا يتبع المؤبر ، بل يكون للمشتري كحدوثه فى ملكه ، وقد صحح ابن الصباغ أيضاً هذا الوجه عند الكلام فى اختلاط ثمرة النخل المبعة بثمره البايع . (والثانى) وهو قول أبى حامد الاسفرايينى وقال : أنه المذهب أنه يتبع فيكون للبايع خوفاً من سوء المشاركة كما أننا جعلنا ما لم يؤبر تبعاً لما أبر خوفاً من سوء المشاركة . ووافق أبى حامد على تصحيح هذا الوجه جماعة منهم الرافعى . وفرق الماوردى منتصراً لقول ابن أبى هريرة بأن ما لم يؤبر يصح العقد عليه ، ويلزم فيه بالشرط ، فجاز أن يصير تبعاً لما قد استثناه العقد : قال : ولو كان التعليل المذكور صحيحاً كان بيع ما لم يخلق تبعاً لما خلق ، كما يجوز بيع ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا صلاحه ، قال : وفيما ذكرنا من ذلك دليل على وهاء قوله . وفساد تعليله : يعنى أبى حامد •

(قلت :) وقد تقدم أن قول ابن أبى هريرة الذى انتصر له الماوردى مخالف لنص الشافعى الصريح ويمكن التمسك للنص بظاهر

الحديث . فانه حكم بأن ثمرة انخل المؤبرة للبائع : وثمرتها تتصل ما كان مطالعا حين العقد ، وما لم يكن خرجنا عنه في ثمرة الامام المستقبل بدليل . فينبغي فيما عداه على ظاهر العموم ، الا أن يقال : ان قوله فثمرتها لا يشمل الا الثمرة الموجودة ، وهي المطلعة ، وليس ببعيد ، لكن سوء المشاركة حاصل ، والحاجة داعية الى ذلك ، وما ألزم به المساوردي من بيع ما لم يخلق تباع لما خلق ، فانما يلزم لو كان كل ما يشترط في البيع يشترط في الاستثناء .

(وقوله) ان ما لم يؤبر يصح العقد عليه فرعه على رأيه . ورأى غيره - وقد تقدم عن أبي اسحاق - أنه لا يصح بيعه وهو الأصح عند المحاملي وغيره ، فعلى هذا لا يصح الفرق المذكور ، وفي التتمة ذكر نظير لهذه المسألة استتبط هذا الوجه منها ، وهي جارية المكاتب اذا أتت بولدين أحدهما قبل الكتابة والآخر بعدها : قال : نص أن الولدين للسيد ، فاستتبط منها هذا الوجه . ووجه في الجارية اذا كانت حبلى بولدين فوضعت أحدهما ثم باعها ، فالولد الذي في البطن يبقى للبائع على ظاهر النص على ما قاله الامام ، ورأى أن الصواب خلافه وأن الولد الثاني للمشتري ، وعن الخضرى أنه كان يحكى في ذلك قولين (أحدهما) ما نسب الى النص (والثاني) ما رأى الامام أنه الصواب .

قال ابن الرقعة : ولو كان الخارج بعض الولد ولم ينفصل كله الا بعد البيع ، فستعرف في باب الجنائيات وغيره ، أن المرجح في المذهب أن حكمه حكم ما لم ينفصل منه شيء ، وغيه وجه أن حكمه حكم المنفصل ، فعلى هذا يكون للبائع ، وعلى الأول ينبغى أن يقطع في هذه الحالة بمقابلته بجزء من الثمن ، لأنه قد علم وجوده ، ثم قال الامام في الحالة الاولى : ثم اذا حكمنا بأن الحمل للبائع فيجب أن يحكم بفساد البيع في الأم على ظاهر المذهب .

قال ابن الرقعة : أو يصح على ظاهر المذهب لأن هذا سببه ببيع الجارية الحامل بحر . من حيث ان البائع لم يستثنه ، وانما الشرع استثناه . وقد اختلف قوله يعنى الامام في أن المرجح فيه الصحة أو البطان (قلت :) وتخريجه على بيع الجارية الحامل بحر حسن

متعين ، وحكمه والتصحيح فيه معلوم في موضعه ، ولقد تعجبت من صاحب البيان فانه قال : أن القول بأن ما أطلع للمشتري ، لم يذكر الشيخ أبو حامد غيره ، والموجود في تعليقه والمنقول عنه خلاف ذلك .

(المسألة الثانية) إذا أبر بعض الحائط دون بعض فأفرد المؤبر بالبيع فلا أشكال في أن ثمرته للبائع ، وإن أفرد الذي لم يؤبر بالبيع ففيه وجهان كما ذكر المصنف نقلا وتعليلا ، ومن حكاها القاضي أبو الطيب (وقوله) فصار كما لو أفرد بعض المؤبر بالبيع ، يعني إذا ثبت بهذا البيع حكم التأبير صار كالمؤبر ، فإذا أفرد بالبيع صار كما لو أفرد المؤبر بالبيع ، ونظير المسألة إذا بدا الصلاح في بعض الحائط فأفرد بالعقد الثمرة التي لم يبد صلاحها فيها ففي صحته وجهان كالوجهين . (والصحيح) أن الطلع للمشتري ، ومن صححه صاحب البيان ، وقال امام الحرمين : أن القائل بأن غير المؤبر هنا يتبع المؤبر يقول : دخول وقت التأبير كالتأبير نفسه ، وهذا الكلام من الامام قد يوهم أن من الأصحاب من يقول : أن وقت التأبير كالتأبير نفسه وكذلك كلام الغزالي يقتضى ذلك ، وقد يوهم ذلك أن هذا القائل يكتفى بحضور الوقت دون أن يحصل تأبير أصلا ، ولم أعلم من قال بذلك ، وإنما مراد الامام ومن أطلق العبارة إذا حصل تأبير في غير المبيع ، ولم يحصل في المبيع وقد تقدم في ذلك كلام .

وجزم الفوراني بأنه إذا أفرد النوع الذي لم يؤبر بالبيع أنه ليس حكمه حكم المؤبر ، فيمكن أن يكون محل الوجهين اللذين ذكرهما المصنف وغيره فيما إذا أفرد ما لم يؤبر من نوع واحد ، ويمكن أن يكونا مطلقا بناء على أن التأبير في أحد النوعين تأبير في الآخر ، وقد صرح صاحب التتمة بذكر الوجهين فيما إذا أفرد الصنف الذي ليس بمؤبر على طريقة من يرى تبعية النوع للنوع وهو المذهب فيصح ابقاء الوجهين في كلام المصنف على إطلاقهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(قال الشافعي رحمه الله : (والكرسف إذا بيع أصله كالنخل) وأراد به كرسف الحجاز فانه شجر يحمل في كل سنة وتخرج ثمرته في كممام ، وتتسقق منه كالنخل ، فإن باع وقصد تشسقق

جوزة فهو للبائع ، وان لم يتشقق فهو للمشتري وان تشقق بعضه دون بعض يحمل الجميع للبائع كالنخل ، وأما ما لا يحمل الا سنة وهو قطن العراق وخراسان فهو كالزرع ، ويجيء حكمه ان شاء الله تعالى) .

(الشرح) الكرسف بضم الكاف وسكون الراء وضم السين المهملة بعدها فاء : القطن ، ويقال له : الكرسف والبرسف وهو على نوعين ، منه ما يبقى في الأرض سنين ، ويحمل كل سنة مثل كرسف الحجاز وأبين وتهامه والشام والبصرة ، قال المحاملي : والبلاد الحارة ؛ فهو شجر شبيه بالنخل ويتشقق الجوز فيؤخذ القطن منه ، ويترك القشر على الشجر ، كما يترك كمام الطلع على الشجر ، وقيل : ان بعضهم شاهده يحمل في السنة ثلاث مرات ، ويعضد عليه كما يعضد على الشجر ، وقد عده الأصحاب مع النرجس والبنفسج والمصنف أفرد به بالذكر وهو أولى فان فيهما وجهها كما سيأتي بالحاقيهما بالزرع .

وأما الكرسف المذكور فلا نعلم خلافا في الحاقه بالنخل . على أن من الأمثلة المذكورة مع النرجس والبنفسج ما لا خلاف فيه أيضا ولكن الكرسف كأنه أشبه بالشجر منه ، فلذلك أفرد به بالذكر ، وكذلك الشافعي رضى الله عنه أفرد به بالذكر قال : والكرسف اذا بيع أصله كالنخل ؛ قال الأصحاب في هذا النوع من الكرسف : انه اذا باع الأرض كان تابعاً لها ، وان أفرد به بالبيع جاز مطلقا . ولا يشترط شرط القطع ، واذا باعه مفردا أو مع الأرض أو باع الأرض فدخل في بيعها وكان فيه جوز — فان كان قد تشقق منه شيء — كان الكل للبائع الا أن يشترط المشتري وان لم يتشقق منه شيء فالكل للمبتاع الا أن يشترط البائع كثرة النخل سواء ، فالتشقق هنا بمنزلة التأخير في النخل .

وكلام المصنف مصرح بأنه لو تشقق بعضه كان انجميع للبائع ، والأصحاب مساعدون له على ذلك . ومن جملتهم صاحب التهذيب وافق في أن الكرسف في ذلك كالنخل . وسيأتي كلامه فيما سوى ذلك من الورد وغيره .

(النوع الثاني) ما لا يحمل الا سنة واحدة ، وهو قطن بغداد

وخراسان لا يبقى أكثر من سنة واحدة ، فحكمه حكم الزرع ان باع الأرض لم يدخل في العقد كالزرع الا أن يشترطه المشتري فيصح شرطه ما لم يكن جوزا منعقدا غير متشقق ، فسيأتى أنه يمتنع على المشتري اشتراطه ، هذا اذا لم يكن اشتد فان اشتد وقوى ولم يتشقق فلا يجوز بيعه أصلا مفردا ولا مع الأرض ، سواء ظهر بغضه أم لم يظهر شيء منه ، لأن المقصود منه مغيب فهو مجهول كالسنبل . فان باعه مع الأرض بطل فيه وفي الأرض قولاً تفريق الصفقة وكذلك في الزرع مع الأرض سواء . قاله القاضي أبو الطيب .

وان باعه وحده — فان كان حشيشا — لم ينعقد جوزه ، أو انعقد ولم يحصل فيه قطن جاز بيعه بشرط القطع ، وان كان قد عقد جوزه واستحكم قطنه ، لأن المقصود منه القطن وهو مغيب كالسنبل ، فعلى هذا ان باعه مفردا بطل ، وان باعه مع الأرض بطل فيه ، وفي الأرض قولاً تفريق الصفقة ، وكذلك اذا باع الأرض واشترط المشتري أن يكون ذلك له ، واقتصر الرافعي في ذلك على ما ذكر صاحب المذهب نقلاً ، وفيما قال صاحب التهذيب موافقة لبعض ما تقدم عن القاضي أبي الطيب ، فان تشقق وظهر القطن صح بيعه وحده ومع الأرض وجاز لمشتري الأرض أن يشترطه ، وهل يدخل القطن في البيع ؟ قال صاحب التهذيب : يدخل بخلاف الثمرة المؤبرة لا تدخل في بيع الشجرة ، لأن الشجرة مقصودة كثمار سائر الأعوام ، ولا مقصود هنا سوى الثمرة الموجودة .

وقال القاضي حسين : انه يبقى للبائع ولا يدخل في البيع . وشبه ابن الرفعة هذا الخلاف بالخلاف فيما اذا رهن خريطة لا قيمة لها : وكان فيها شيء له قيمة هل يتبع اللفظ دون ما فيها ؟ أو يجعل المرهون ما فيها ؟ لأنه المقصود عادة ، وفيه وجهان (أحدهما) الأول قلت : وان لم يتشقق قال في التهذيب : لم يصح بيعه على الأصح وقال القاضي حسين : يصح في الأصل ولا تدخل الثمرة وكل منهما بنى على أصله قال ابن داود : فعلى قول اشتراط التشقق يشترط أن يكون في كله فلو تشقق بعضه لم يصح الا فيه بخلاف ثمرة النخل وكرسف الحجاز ، واحتج من منع من بيعه قبل تشققه بأن المقصود منه القطن

وفي البيسان أن الشيخ أبا حامد منع من بيعه وإن تشقق جوزه كالطعام في سنبله ، وهذا محمول على غلط في النسخة التي وقعت لى . وهذه الجملة التي ذكرتها هي قول أكثر الأصحاب .

وقال صاحب التتمة : انه إذا تنهى نهايته ولا يكون له نماء بعد ذلك وهو في آخر انخريف فبيعه جائز مطلقا . ويكلف تفريغ الأرض عنه على حسب العرف وما عليه من الحمل لا يتبعه سواء كان متشققا أم غير متشقق ، لأن الشجرة ليست بمقصودة وإنما المقصود الثمرة فلا تدخل في بيع البائع ، وهذا الذي قاله صاحب التتمة فيه تنبيه وعليه استدراك أما التنبيه فانه استفيد مما ذكر أن شرط الحكم بجواز البيع فيه أن يكون تنامى ، ولا يتوقع له نماء فلو لم يكن كذلك لم يصح الا بشرط القطع كما في شجر البطيخ إذا خاف اختلاطه أما بيعه مع الأرض فلا حاجة فيه الى ذلك (وأما) الاستدراك فان أصول هذا النوع من الكسوف لا تقصد وحدها بدون حملها ولا يشترطها أحد الا والمقصود حملها ، فقوله : ان حملها لا يتبع لأن الشجرة ليست بمقصودة لتعليه صحيح ، وليس ينبغي أن يكون فيما إذا عني أنه يشتري الأصول فقط أما إذا قال : بعتك هذا القطن وهذا الزرع دخل لأنه هو المقصود وليس دخوله تبعا وكلام الأصحاب المتقدم منزل على ذلك وذلك هو المفهوم عند الاطلاق .

وكذلك إذا قال : بعتك الأرض وما فيها من الزرع فأما بيع ثمرة فان تشقق وباع ما تشقق منه صح ويؤمر بالالتقاط على العادة فلو تأخر الالتقاط حتى تشقق غيرها واختلط فعلى القولين ، وإن لم يكن تشقق ولا انعقد القطن فباعه على شرط التبقية لم يصح كثرة لم يبد صلاحها وإن باعه بشرط القطع لم يصح لأنه لا منفعة فيه في تلك الحالة فأما ان انعقد القطن ولم يتشقق فحكمه حكم الحنطة في السنبل هذا كلام صاحب التتمة . قال : فلو باع الجوز مع الشجرة قبل التشقق بشرط القطع فمن أصحابنا من قال : فيه قولان بيع الغائب والشجرة — وإن كان قد رآها — فهي تابعة فلا يجعل لها حكم ومنهم من قال : في الجوز قولان بيع الغائب إذا أبطلنا ففي الشجرة قولان تفريق الصفقة وقد ذكر صاحب البيسان أن قطن العراق كقطن الحجاز يبقى سنين ، والأمر في ذلك يرجع الى المشاهدة والفقه وقد تبين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع شجرا غير النخل والكرسف لم يخل اما ان يقصد منه الورد أو الورق أو الثمرة ، فان كان يقصد منه الورد فان كان ورده يفرج في كمام ثم يفتح منه كالورد فهو كالنخل ، فان كان في الكمام تبع الأصل في البيع كالطلع الذي لم يؤبر ، وان كان خارجا من الكمام لم يتبع الأصل كالطلع المؤبر وان كان لا كمام له كالياسمين كان ما ظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشتري ، وان كان مما يقصد منه الورق كالتوت ففيه وجهان (أحدهما) أنه ان لم يفتح فهو للمشتري . وان تفتح فهو للبائع ، لأن الورق من هذا كالتمر من سائر الأشجار (والثاني) أنه للمشتري تفتح أو لم يفتح لأنه بمنزلة الأغصان من سائر الأشجار ، وليس كالتمر لأن ثمرة التوت ما يؤكل منه) .

(الشرح) الفصل موقوف لبيان ما يلحق من الأشجار بالنخل : فان الشافعي رحمه الله لما ذكر حكم النخل المنصوص عليه ، وأتبعه بالكرسف الذي هو في حكمه : قال بعد ذلك : ويخالف الثمار من الأعناب وغيرها النخل ، واندفع في بيان ما يكون في معنى ثمر النخل . وشرح الأصحاب ذلك فقسّموا الشجر النابت الذي له حمل في كل سنة انى أقسام : وأحسن تقسيم فيها ما سلكه الشيخ أبو حامد . وتبعه المصنف : وهو أن الشجر ثلاثة أضرب . ما يقصد منه الورد ، وما يقصد منه الورق ، وما يقصد منه الثمرة ، والذي يقصد منه الثمرة على خمسة أضرب الأربعة التي ستأتى في كلام المصنف ، والخامس ما يظهر في كمام ثم تتشقق عنه الكمام فتظهر الثمرة فتقوى بعد ذلك وتثتد ، وهي ثمرة النخل . والمصنف لم يذكر في هذا القسم لأنه جعل تقسيمه فيما سوى النخل والكرسف ، فلا تأتي الأربعة كما ذكر .

والقاضي أبو الطيب جعل الأقسام كلها خمسة : فلم يأت في تقسيمه من الحسن والبيان ما في تقسيم الشيخ أبي حامد ، فلذلك عدل المصنف عنه ، وذكر المصنف في هذه القطعة التي ذكرناها هنا ضربين .

(الضرب الأول) ما يقصد منه الورد ، وهو على نوعين (أحدهما)

ما يخرج في ورق أخضر لا يشاهد منه شيء . ثم بعد ذلك يفتتح فيشاهد ما تحته كأنواع الورد الأحمر والأبيض والأخضر والفرجس . فان كان قد تفتح منه شيء عند البيع فجميعه للبائع : ما تفتح وما لم يفتح . هذا هو المشهور خلافا لما سذكره عن صاحب التهذيب ومن تبعه ، أن ما تفتح يكون للبائع ، وما لم يفتح يكون للمشتري ، وأن ما لم يفتح منه شيء يكون للمشتري كالطلع حرفا بحرف . هكذا قال أبو حامد ، وقال الروياني في البحر والشاشي في الحلية وابن الصباغ والرافعي عن الشيخ أبي حامد : انه للبائع وان كان في كمامه ، وان ذلك ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه .

(قلت :) وهذه الحكاية عن أبي حامد كان يغلب على ظني أنها وهم ، فان الذي في تعليقه الجزم بالتفصيل المتقدم ، ولا أعلم خلافا في ذلك ، فلمله انتبس على الحاكي هذه المسألة بمسألة الثمرة التي عليها نور ، ووقع اختلاف في نقل الحكم مع ذلك ، لكن ما رأيته ولا الأئمة نقلوا ذلك .

(قلت :) لعمل الشيخ أبا حامد اختلف كلامه في ذلك . ويدخل شجر هذا النوع في بيع الأرض كسائر الأشجار . وقال البغوي في التهذيب والخوارزمي في الكافي : ان الورد اذا تفتح بعضه فالذي تفتح للبائع والذي لم يفتح للمشتري ، بخلاف ما لو باع نخلة تشقق بعض ثمرها ، وعلة بأن ما تفتح من الورد يجتنى ولا يترك . فانه يتناثر ويقتل فلا يتلاحق البعض بالبعض ، فكان كل واحد في حكم المنفرد بخلاف الثمار فانها لا تجتنى حتى تتلاحق ، وكلام أبي حامد وانجرجاني والمصنف في التنبيه وابن سراقه في بيان ما لا يسمع جهله مصرح بخلافه .

(النوع الثاني) من هذا الضرب ما يبرز بنفسه لا يحول دونه حائل الا أنه يخرج على جهته ثم يفتح كالياسمين . فان كان قد ظهر منه شيء ، فالجميع للبائع . وان لم يظهر منه شيء فهو للمشتري ، والظهور في هذا النوع بمنزلة التفتح في النوع الأول . هذه طريقة الشيخ أبي حامد . وسلكها المصنف هنا والرويانى والرافعي وغيرهم . واعلم أن عبارة المصنف رحمه الله تعالى هنا في الياسمين خاصة ، وكذلك

عبارة الجرجاني ، يوافقان بظاهرها ما قاله صاحب التهذيب في الورد لكن عبارة المصنف في التنبية مصرحة بأن الياسمين كالورد ، وأن ظهور بعضه كظهور كله ، فينبغي أن تحمل عبارته في المذهب على ذلك لا على ما قاله صاحب التهذيب ، والله أعلم •

وأطلق القاضي أبو الطيب في النوعين أنه ان تفتح للبائع ، وان لم يفتح للمشتري ، وكذلك قال المصنف في التنبية ، لكن بلفظ الظهور لما قال : أو نورا تفتح كالورد والياسمين فان كان ظهر ذلك أو بعضه فهو للبائع ، وان لم يظهر فهو للمشتري ، فان أراد بالظهور التفتح وهو الظاهر فهو موافق للقاضي أبي الطيب ، وان أراد البروز ، وان كان في الكمام لم يقل به أحد الا أن يتعسف في الاعتذار عنه بأن المراد الظهور ، وذلك في الورد وما يخرج في كمام بالتفتح وبالياسمين وما يخرج في غير كمام بنفس الخروج ، فحينئذ يصح ، ويكون موافقا لما قاله في المذهب ، ولما قاله الشيخ أبو حامد وأما اعتبار القاضي أبي الطيب التفتح فيما لا كمام له فلا معنى له •

وقال الروياني : ان النفسج كالورد ، وعد جماعة النفسج والنسرين من جنس الياسمين ، والحق سليم فيما نقل عنه النسرين بالورد قال الفزاري : والمشاهد في بلادنا خروجه في كمام يفتح عنه كالورد يعني الياسمين •

(فرع) لو باع كمام الورد قبل حصول الورد فيها ، وكذا الجوز قبل القطن بشرط القطع ، صح لأن الورد والقطن ليسا بمقصودين منهما فصارا مقصودين بأنفسهما لعل الدواب ، قاله الخوارزمي •

(الضرب الثاني) ما يقصد منه الورق كالتوت وشجره هو المسمى بالفرصاد ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي اسحاق وصححه الروياني ، أنه ان كان قد ظهر من الورق شيء فالكل للبائع ، والا فللمشتري ، هكذا عبارة الشيخ أبي حامد ، والشيخ في عبارته بالتفتح وعدمه تابع للقاضي أبي الطيب فانه قال كذلك ، وزاد ففرض المسألة فيما اذا باع أصل التوت ، وقد خرج ورقه ، ويرد عليهما في ذلك ما ورد عليهما في اعتبار التفتح في الياسمين ، وان استبعدت حصول

التفتح في ورق التوت فسيأتى في كلام الماوردى والرويانى ما يثبت ، وقد أخبرنى من يخبر^(١) ذلك ، وأن ورق التوت يخرج منعقدا لم يتفتح .

(فائدة) الياسمين بكسر السين ، والأشهر جعل النون حرف اعرابه ، وفيه لغة أنه يعرب اعراب قائمين — بالواو والياء والنون — بياعين مثنيتين . هذا هو المشهور وقد قيل فيه لغة : ان الأولى مثناة والثانية مثلثة . وأنكرها الجوهري ونسبها ابن قتيبة في أدب الكاتب الى الفرس .

(والوجه الثانى) أنه للمشتري بكل حال ونسبه الامام الى الجماهير . وصاحب البيان الى اختيار الشيخ أبى حامد ، وقال فى التهذيب : انه المذهب وهو الأصح عند الغزالي والرافعى والقاضى حسين وغيرهم . لأنه ورق فائسبه سائر الأوراق ، ولما ذكره المصنف ومنع صاحب هذا الوجه أن تكون ثمرة التوت منحصرة فى ذلك ، أو أن ذلك من الثمر ، بل ثمرته ما يؤكل منه من الثمرة الحلوة والمرة وجعل البغوى والرافعى وغيرهما محل الخلاف فيما اذا كان فى أوان الربيع أما فى غيره فالكل للمشتري بلا خلاف على ما صرح به صاحب التتمة كسائر الأوراق .

وفى المسألة وجه ثالث جزم به الماوردى وحكاه الرويانى أنه ان كان شاميا يقصد ثمره دون ورقه فلا اعتبار بظهور ورقه ، وان كان يقصد ورقه فإنه يبدو فى عقده ثم يتفتح عنها ، فان كان فى عقده تبع الأصل وان انشقت العقدة وظهر ورقها لم يتبع الأصل وهو للبائع ، قال الرويانى : وهو قريب من قول أبى اسحاق ، ورأى بعضهم أن الخلاف منزل على هذا التفصيل وأنه لا معنى لذلك الخلاف ، وان كان الشيخ قد حكاه .

(قلت :) وقد عرفت أن الشيخ لم ينفرد به بل كل الأصحاب ذكروا الخلاف ولم أر هذا التفصيل لغير الماوردى ، وان كان متجها ، فان النوع الذى يقصد ثمره ولا يقصد ورقه كالأحمر فيما قال

(١) يخبر من باب كتب والخبر بضم الخاء وسكون الباء هو العلم (المطبع)

بعضهم ، فانه لا يطعم ورقه للدود المقصود ثمره فهذا ورقه كورق سائر الأشجار ، أما التوت الأبيض الذى يقصد منه الورق لطعمه الدود فينتجه فيه الخلاف قال ابن الرفعة : ويلتحق بالأول ورق الذكر من الأبيض ، لأنه لا يصلح لتربية الدود كما صرح به الأصحاب فى كتاب المساقاة ، والله أعلم .

(فرع) الخلاف (١) الذى يقطع أغصانه ويترك ساقه وطوله ، وتقطع الأغصان من جوانبه فحسب اذا باع شجرته قال القاضى حنين : والأغصان لا تدخل فى العقد ، لأنه يئزل منزلة الثمار فى سائر الأشجار .

(فرع) قال الماوردى والرويانى : الخناء يقصد ورقه أيضا ويبدو ورقه بعد تقديح أغصانه من غير أن يكون فى عقدة تتفتح عنه ، فاذا بدا ورقه بعد التقديح ثم باع شجره كان فى حكم النخل المؤبر ، فيكون للبائع ، وقال صاحب البيان : شجر الخناء والجوز والمهرنس لا نص فيها فيحتمل أن يكون كالتوت على الوجهين ، ويحتمل أن يكون البائع أحق بالورق اذا ظهرت وجهها واحدا لأنه لا ثمرة لهذه الأشجار غير الورق .

(فرع) شجر النبق ، قال صاحب التتمة : المذهب كسائر الأشجار يتبعها ورقها ، وقيل : انها كالتوت ، لأن فى ورقها منفعة مقصودة يغسل بها الرأس قال ابن الرفعة : وهذا يلغى أن يكون هو الأصح فى بلادنا لأنه مقصود بالثمرة ، وله طواحين معدة لطحنه ، وموضع يباع فيه بأبلغ ثمن لكثرتة ، وفرق على القول الآخر بينه وبين ورق التوت ، بأن منفعة غسل الرأس تافهة وغيره فى المعنى يشاركها ، فانها تغسل بالخطمى والطين وغير ذلك بخلاف ورق الفرصاد فانه كل مقصوده .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان مما يقصد منه الثمرة فهو على أربعة أضرب (أحدها) ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام كالتين والعنب ، فما ظهر منه للبائع لا يدخل فى البيع من غير شرط ، وما يظهر بعد العقد فهو للمشتري ، لأن الظاهر منه كالطلع المؤبر ، والباطن منه كالطلع الذى لم يؤبر) .

(١) بضم الخاء وفتح اللام مع التشديد .

(الشرح) بدأ في الضرب الثالث من أقسام الشجر ، وجعله على أربعة أضرب وقد تقدم التنبيه على أن منها ضربا خامسا لم يدخل في تقسيمه ، ولم يلتزمه وهو النخل والكرفس لافراده اياهما بالذكر ، وجعله مورد التقسيم فيما سواهما ، اذا علم ذلك فهذا الضرب الذي يقصد منه الثمرة مما سوى النخل والكرفس على أربعة أضرب .

(أحدهما) ما تفرج ثمرته ظاهرة من غير كمام ، ولا ورق دونها ولا حائل مثل التين والعنب ، فاذا باع أصل التين والعنب ، فان كان قد خرجت الثمرة فهي للبائع ، الا ان يشترط المبتاع وان لم تكن خرجت وانما خرجت في ملك المشتري فهي للمشتري ، ويكون خروج هذه الثمرة بمنزلة ظهور ثمرة النخل من الطلع ، وظهور القطن من الجوز ، قال الشيخ أبو حامد وأظن الثوت الشامي مثله أى مثل التين والأمر كما قال ، فان ثمرة الثوت تخرج بارزة من غير كمام وأظن مراده بالشامي الثوت الأحمر المر ، فان المقصود منه ثمرته لا ورقه بخلاف الثوت الذي يقصد ورقه لتربية الدود وان كان الحكم في الثمرة واحدا ، وقد حكى عن الشيخ أبي حامد أنه قال في العنب : عندي أن له وردا ثم ينعقد ، قال المحاملي : وشاهده قول الشافعي : يعنى الذى معناه أن سائر الثمار من العنب وغيره تخرج ثمرتها وعليها ورد ، وهو يشاهد من بين ذلك الورد ، ويرى ويتساقط عنه النور ، ويبقى الثمر ، فتكبر ولا كذلك النخل فانها لا ترى من داخل الكمام وهذا وجه المخالفة :

قال ابن الرفعة : وقد يقال على هذا : وجه المخالفة أن كمام ثمرة النخل شامل لحبات منه ، وكمام العنب شامل لكل حبة ، وكذا كمام غيره من الثمار ، ولهذا المعنى أثر يظهر لك في بيع ما له قشران كالجوز واللوز ، وقد علل جعل العنب للبائع بأن اشتمال كل حبة على كمام يزيلها ، كاشتمال كل حبة من حبات ثمر النخل بعد التأبير ومع ذلك فهو للبائع ، فكذا العنب يكون له ، والساوردى يزعم أن العنب نوعان منه ما يورد ثم ينعقد ومنه ما يبدو منعقدا قال ابن الرفعة : ولا أثر لهذا الاختلاف في الحكم لأن من أثبت له نورا يقول : انه غير مانع من الرؤية فكان كالمعدوم ، والله أعلم .

واعلم أن كلام المصنف في هذا الضرب والضرب الذي بعده يقتضى أن ما يظهر بعد العقد لا يكون تابعا لما كان عند العقد ، وأنه لا يكون ظهور بعضه كظهور كله كالنخل وبذلك صرح صاحب التهذيب ، وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التهذيب في الورد والياسمين ، وما اقتضاه كلام المصنف وصرح به صاحب التهذيب في هذا الضرب الذي بعده لم أجد في كتب الأصحاب ما يخالفه ، ونقل الرافعي ما قاله صاحب التهذيب عنه في الورد والتين والعنب وقال : ان الصورة الأخيرة ، يعنى التين والعنب ، محل التوقف ، قال صاحب الوافى : او أجرى الوجه القائل بأن ما يحدث من الطلع بعد ما تأبر منه البعض يكون للبائع كالطلع غير المؤبر لأنه من ثمرة العمام فيكون أيضا ما يحدث من التين للبائع تابعا لما ظهر ، لأن الظاهر في حكم المؤبر من ثمرة النخل كان له اتجاه ظاهر ، ولم أجد للأصحاب نصا فيه غير ما ذكره الشيخ وان يكن فرق فمن حيث ان ظهور الشيء بعد الشيء في التين معتاد ، ثم حين بلوغ التين يؤخذ ، فالذى يحدث بعده لا يختلط به حتى يفضى الى سوء المشاركة بخلاف ثمرة النخل فانها تترك الى الجذاذ ، فيصير الجميع على حد واحد في البلوغ ، فيختلط ولا يتميز ، فاحتجنا أن نجعله تابعا ، وفي هذه المسألة لا حاجة الى ذلك .

(قلت :) هذا اعتراض وجواب جيدان ، وقد علمت أن المصنف لم ينفرد بذلك والفرق المذكور يعضد ما قاله صاحب التهذيب في الورد والياسمين ، ويمكن الفرق بأن الورد والياسمين يسرع فيه التلاحق ولا يتميز ، فيفضى الى المحذور بخلاف التين والعنب ، فان التمييز بينهما بين ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والثانى) [ما] (١) يخرج في كمام لا يزال عنه الا عند الاكل كالرمان والموز ، فهو للبائع ، لأن كمامه من مصلحته فهو كاجزاء الثمرة) .

(١) ما بين المعقونين ليس في شوق (ط) .

(الشرح) هذا الضرب الثانى من الضرب الثالث الذى يكون المقصود فيه الثمرة ، والأمر كما قال المصنف حكما وتعليلا نص عليه الشافعى والأصحاب ، قال الشافعى فى الأم : وإذا باع رجل أرضا فيها شجر رمان ولوز وجوز الرانج وغيرها مما دونه قشر يواريه ، أو ظهرت ثمرته ، فالثمرة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع ، وذلك أن قشر هذا لا يتشقق عما فى أجوافه ، واتفق الأصحاب على أن الحكم كذلك فى الرمان والموز ، وذكروا فى ذلك معنيين (أحدهما) أن كمامه من مصلحته كما ذكره المصنف ، وهو الذى أشار اليه الشافعى (والثانى) تقشر نفس الثمرة ، فإنه يدخر عليها ، فهو كالتين ، وفى كلام المصنف تصريح باطلاق الشجر على شجر الموز ، وسيأتى تعرض لحكمه فى فصل النبات غير الشجر ، وكلام الشافعى رضى الله عنه فيه ، قال ابن الرفعة : ولأجله قيل : أنه لا تجوز المساقاة عليه ، وأما الجوز واللوز والرانج^(١) ففيه نزاع فلذلك أخره المصنف وجعله من الضرب الثالث .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والثالث) ما يخرج وعليه قشرتان كالجوز واللوز والرانج ، فالمنصوص أنه كالرمان لا يدخل فى بيع الأصل ، لأن قشره لا يتشقق عنه كما لا يتشقق قشر الرمان ، ومن أصحابنا من قال : هو كثمرة النخل الذى لم يؤبر ، لأنه لا يترك فى القشر الأعلى كما لا تترك الثمرة فى الطلع .

(الشرح) الرانج — براء مهملة ونون بعد الألف مكسورة وجيم — وهو الجوز الهندى ، وهو النارجيل ، إذا علم ذلك فهذا الضرب ، وهو الثالث من الضرب الثالث ، فالجوز واللوز والرانج قد تقدم أن الشافعى ذكره مع الرمان ، وحكم فى الجميع بأنه للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، وبذلك قطع صاحب التقريب ، لأن قشوره لا تزول فى الغالب لا عند القطف ، وبعد القشرة العليا من الثمرة ، بخلاف الكمّام فإنه يعد من الشجرة ، ويترك الكمّام عند القطع على الأشجار ، ونزل

(١) الرانج بفتح النون الجوز الهندى والجمع الروانج والرانج أيضا نوع من التمر أبيض . (ط) .

السعف والكرانيف ، وقشور الجوز ليست كذلك ، قال الشيخ أبو حامد :
(أما) الذى لا اشكال فيه فالرمان والموز ، وقال فى الجوز واللوز :
ظاهر قول الشافعى أنه وان لم تتشقق القشرة الأولى فهو للبائع ، قال :
وقال أصحابنا : انما جملة بمنزلة الرمان اذا ظهرت القشرة التى
تلى اللب •

وظاهر هذا الكلام من الشيخ أبى حامد أن ذلك عن الأصحاب ،
والقاضى أبو الطيب جعل الشيخ أبا حامد هو المخالف فى ذلك ، فقال :
وغلط الشيخ أبو حامد فقال : الجوز يتشقق قشره الفوقانى
عنه ، ويسقط ويظهر السفلاى ، فيجب أن يكون ذلك بمنزلة النخل ،
فان لم يكن تشقق فهو للمشتري ، وان تشقق فهو للبائع ، قال
القاضى أبو الطيب : وهذا خلاف نصه ، لأن الشافعى رضى الله عنه
قال : تشقق القشرة من هذا ليس من صلاحه اذا كان على رؤوس
الشجر ، لأنه كتشقق الرمان الذى ليس فيه صلاحه ، وكان ذلك هو
الحامل للمصنف على نسبة الخلاف الى بعض الأصحاب مبهما من
غير تعيين ، وقطع الماوردى ونصر المقدسى فى الكافى بما قاله أبو حامد ،
وقال الرويانى : أنه الأقيس •

وقال المحاملى فى المجموع : قال الشيخ : وقد ذكر الشافعى رضى
الله عنه أن حكم الجوز واللوز قشرة عليا وسفلى ، لأنه ليس
بالحجاز شجر الجوز واللوز ، فحمل أمره على أن له قشرة واحدة ،
وأجراه مجرى الرمان والموز ، أو علم ذلك ولكنه فرض المسألة
فيه اذا زالت عنه القشرة العليا وبقيت السفلى ، والدليل على أنه
أراد هذا أنه قال : دونه حائل لا يزال عنه الا فى وقت الحاجة الى
أكله ، وهذا صفة القشرة السفلى دون العليا •

(قلت :) أما الاحتمال الأول فبعيد ؟ لأن فى مختصر المزنى فى
باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار ، وكذلك فى الأم وهو بعد
الموضع بشيء يسير ، أن على الجوز قشرتين واحدة فوق القشرة التى
يدفعها الناس عليه ، ولا يجوز بيعه ، وعليه القشرة العليا لأنه
يصلح أن يدفع بدون العليا ، وكذلك الرانج فلا يجوز أن ينسب الى
الشافعى أنه لم يكن يعرف حال الجوز ، وأما الاحتمال الثانى فهو

قريب ولا ياباه كلام الشافعي ، فان عبارته في الأم : « وذلك أن قشر هذا لا ينشق عما في أجوافه ، وصلاحه في بقائه » هذا كلام الشافعي بحروفه ، وليس فيها ما يوجب أن يكون المراد القشرة العليا دون السفلى ، بل تعليل الشافعي رضي الله عنه بأن صلاحه في بقائه يفهم أن ما ليس صلاحه في بقائه لا يكون للبائع الا اذا زال عنه ، وقشرة الجوز واللوز العليا من هذا القبيل ، فان كانت تشقق عنه وهو على الشجر فينبغي أن يكون الأمر كما قال الشيخ أبو حامد وتغليط القاضي أبي الطيب غير متجه لكني أقول : ان تشقق القشرة العليا من على الجوز واللوز انما يكون بعد يبيسه ونهايته وكثيرا ما يؤخذ من على الشجرة مع قشرته كاللوز العاقد ، والرانج أيضا كثيرا ما يؤخذ في قشرته بعد نهايته ، بل العادة مطردة في كل ما له قشران فليس هو كثرة النخل قبل التأبير فينبغي أن يكون للمشتري كما يقتضيه اطلاق النص ، وان كان للتأويل فيه محتمل ، والله أعلم .

واعلم أن اللوز اذا كان أخضر صغيرا يؤكل في قشرته ، ويجوز بيعه مع تلك القشرة كما ذكره القاضي حسين ، لأنه مقصود كاللب ، سواء مع ذلك المنصوص كما تقدم أنه يدخل في بيع الأصل ، فكانهم شبهوه بالطلع في اللوز اذا كان صغيرا . فانه يؤكل كله ، ولا ينقطع من التبعية حتى يظهر من اللوز ، والله أعلم .

وقد نقل امام الحرمين عن العراقيين ما ذكرناه عن الشيخ أبي حامد ، وذكر عن صاحب التقريب خلافه ، وكأنه لما وقف على كلام الشيخ أبي حامد نسب ذلك الى العراقيين وقد عرفت كلامهم وهذا وهم منه ، ونص الشافعي على خلاف ذلك ، وأورد ابن الرفعة على أبي حامد أنه يقول بأن ما له نور يكون للبائع بخروج نوره ، وهذا منه ، فاذا انعقد كان للبائع بطريق الأولى ، قال : الا أن يقال في الجواب : ان ذلك قاله في ثمرة تخرج في جوف نور ، والجوز ليس كذلك ، فان البندنيجي قال : انه يورد أولا وردا لا تخرج الثمرة من جوفه ، بل يذهب الورد وينعقد بنعد ذهابه ثمرة كهية التين أول ما يطلع ، وسيأتي في الضرب الرابع كلام عن البندنيجي يتعلق بهذا الضرب في اللوز .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والرابع) ما يكون في نور يتناثر عنه النور كالنفاح والكمثرى ، فاختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو اسحاق والقاضي أبو حامد : هو كثمرة النخل ان تنثر عنه النور فهو للبائع ، وان لم يتناثر عنه فهو للمشترى ، وهو ظاهر قوله في البويطي ، واختيار شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله ، لأن استنارها بالنور كاستنار الثمر في الطلع ، وتناثر النور عنها كتشقق الطلع عن الثمرة ، فكان في الحكم مثلها ، وقال الشيخ أبو حامد الاسفراييني : هو للبائع ، وان لم يتناثر النور عنها لأن الثمرة قد ظهرت بالخروج من الشجر ، واستنارها بالنور كاستنار ثمرة النخل في التأخير بما عليها من القشر الأبيض ، ثم ثمرة النخل بعد خروجها من الطلع للبائع مع استنارها بالقشر الأبيض ، فكذا هذه المرة للبائع مع استنارها بالنور) .

(الشرح) النور الزهر على أى لون كان ، وقيل لصور ما كان أبيض ، والزهر ما كان أصفر ، والكمثرى بضم الكاف .

(اما الأحكام) فإذا باع أصل التفاح والكمثرى والسفرجل ، والأجاص والخوخ والمشمش ، وما جرى مجراه مما يخرج من نور ، ثم يتناثر عنه النور ، فالشهور أنه اذا باع الأصل وقد درج ردها وتناثر وظهرت الثمرة فهي للبائع ، الا أن يشترط المبتاع ، وان لم يتناثر ردها ولم تظهر الثمرة ولا بعضها فهي للمشتري ، لأن الثمرة مغنية في الورد ، وتظهر بعد تناثره ، فهي في ذلك كثمرة النخل في التأخير وعدمه ، وهو ظاهر قوله في البويطي ، لأنه قال في آخر باب السلف قبل باب الوديعة : وحكم الابار في التفاح واللوز والفرسك اذا خرج منه وتحبب ، ونقل ذلك عن أبي اسحاق المروزي في الشرح ، والقاضي أبي حامد في جامعهم ، وأبى على ابن أبي هريرة وهو اختيار القاضي أبي الطيب كما قال المصنف ، قال في تعليقه : وغلط الشيخ أبو حامد الاسفراييني فقال : ظهور الورد بمنزلة ظهور الثمرة ، واحتج بأن الشافعي رضى الله عنه قال : حكم كل ثمرة خرجت بارزة ترى في أول ما تخرج كما ترى في آخره ، فهو في معنى ثمرة النخل بارزا من

الطلع ، وغلط فيه لأن هذا أراد به ما لا ورد له : مثل العنب والتين لأن هذا الذى يخرج بارزا وأما ما يخرج فى الورد فليس ببارز ، وإنما هو فى جوف الورد وقد فسر ذلك فى الصرف وذكرت لفظه فسقط قول هذا القائل ، انتهى كلام القاضى •

والذى ذكره من لفظ الشافعى فى الصرف قال : ما كان من الثمر يطلع كما هو لا كمام عليه أو يطلع عليه كمام ثم لا يسقط كمامه ، فطلوعه كابار النخل ، لأنه ظاهر ، وهذا إنما يرد على الشيخ أبى حامد بمفهومه ، فإن منطوقه يدل على أن ما لا كمام عليه كالتين والعنب أو عليه كمام لا تسقط كالوز والرمان ، فالطلوع فى القسمين بمنزلة التأبير ، أما كون الطلوع فى غيرهما ليس بمنزلة التأبير فليس ذلك بالمنطوق ، بل قد يقال : أنه يدل للشيخ أبى حامد لاطلاقه أن ما لا كمام عليه يكون طلوعه كالتأبير ، والذى يخرج فى نور لا كمام عليه ، وإن كان مستترا بالنور ، غير أن هذا يبعده قوله : كما هو ، فإنه يشعر لا شئ عليه من كمام ولا غيره •

وقد ذكر الشيخ فى تعليقه ما نقله عن القاضى أبى الطيب فقال : ان الذى ذهب اليه شيوخ أصحابنا أبو اسحاق وأبو على ابن أبى هريرة وغيرهما أنها للمبتاع ، ولولا أنى لا أحب مخالفة كان ظاهر المذهب والأشبه بالسنة أن الأنوار اذا ظهرت للبائع ، الا أن يشترط المبتاع ، كالطلع اذا تشقق أو أبر ، وذكر كلام الشافعى رضى الله عنه الذى تقدم ثم قال : وأما معنى السنة فقولته عليه الصلاة والسلام : « من ابتاع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع ، الا أن يشترط المبتاع » لما جعل ثمرة النخل للبائع اذا ظهر عند الطلع ، وذلك الظاهر نور يتفتح ، فاذا تناثر انعقدت الثمرة بعده كانت الأنوار كالطلع ، لأن النور يتناثر ثم تنعقد الثمرة بعد ذلك ، وفيه نظر ، انتهى كلامه •

والحق أنه لا حجة له فى كلام الشافعى ، فان الشافعى رضى الله عنه إنما حكم بذلك فى الثمرة التى تخرج بارزة ترى فى أولها كما ترى فى آخرها ، وما يخرج فى نور ليس يرى فى أوله كما يرى فى آخره فكيف يحمل عليه ، أو يقال : أنه مندرج فيه ، وما استدلل به من الحديث وما أشار اليه وذكره المصنف له من استتار ثمرة النخل

بعد التأبير بما عليها من القشر الأبيض ، فان ذلك يرجع الى تحقيق مناط ، فان الشيخ أبا حامد يقول : ان ثمرة النخل بالتأبير لا تظهر ، وانما يظهر ما يجرى مجرى ورد سائر الأشجار ، لأنه اذا تشقق المطلع ظهر ما فيه مثل الليف ، وفيه حب صغار مثل الذرة وليس ذلك هو الثمرة ، وانما الثمرة في جوف ذلك الحب ترى مثل الشعرة ، كما ترى ثمرة سائر الأشجار من بين الورد •

فان كان الأمر كما قال الشيخ أبو حامد من أن ثمرة هذا الضرب الذى نحن فيه ترى من بين الورد ، وأن ثمرة النخل مثلها ، فينبغى أن يكون الحق معه ، والافالحق مع القاضى أبى الطيب ومن وافقه ، وهذا ليس اختلافا في فقه ، بل يرجع الى أمر محسوس ومثله يقطع بادراك الصواب فيه ، والظاهر الذى تدل عليه المشاهدة أن الأمر كما قال أبو حامد ، وأراد المصنف من الاستتار بالقشر الأبيض وبالنور ما حكيناه عن الشيخ أبى حامد ، والا فظاهره أنها مستترة كلها ، وذلك يخالف ما تقدم من الحاقها قبل التأبير بالحمل لاستتارها ، وبعد التأبير بالولد المنفصل لظهورها ، والذى صححه الرافعى في ذلك أنها للمشتري ، هكذا للمحرر والروضة ، ويشعر به كلامه في الشرح وقال : ان الآخر أرجح عند أبى القاسم الكرخى وصاحب التهذيب ، وجعل أكثر الأصحاب الضابط في ذلك تناثر النور كما تقدم •

وقال القاضى حسين عن الأصحاب : ان ذلك يخرج أولا نورا ثم يتشقق ثم يتناثر ذلك ، ثم تتعقد الحبات كالشمش والخبوخ والتفاح ونحوها ، قال : فما لم تتعقد الحبات فيه يتبع الأصل في البيع ، واذا انعقدت حباته لا يتبع الأصل في البيع مطلقا ولا يدخل الا بالشرط ، وكأن القاضى أخذ ذلك عن القفال ، فان الرويانى حكى عن القفال أنه اذا تحببت ثمارها فهي للبائع ، وان كان النور باقيا عليها ، وان لم تتحبب فالنور كالورق • هذه عبارته ويجىء من مجموع ذلك ثلاثة أوجه :

(الأول) أنها للبائع بمجرد الظهور وهو قول أبى حامد •

(والثانى) أن الاعتبار بالتحبيب وهو قول القفال •

(والثالث) أن الاعتبار بتناثر النور ، وهو المذهب ، لقول الشافعى

رضى الله عنه في البويطى : اذا خرج من النور وتحبب ، وقد يقال :
ظاهر النص يقتضى اعتبار مجموع الأمرين ، لكن الظاهر أن التحبب
يكون قبل التناثر ، فذكر التناثر يغنى عنه ، وفي البحر أن الأصح
ما قاله القفال رضى الله عنه ، وكذلك قال الخوارزمى في الكافي : انه
لا اعتبار بتناثر النور على الأصح وذكر ابن الصباغ أن المحاملى في
المجموع ذكر هذه الحكاية التى حكيناها عن أبى حامد ، وأنها ليست
مذكورة في التعليق الأخير عنه ، وهذا عجب من ابن الصباغ ، فان شيخه
أبا الطيب ذكرها عنه ، فكان ذكرها من جهته أولى ، وهى في التعليقة
الموجودة عندنا ، وأما عدم ذكرها في التعليقة الأخيرة فلا يدل (١) .

(تنبيه آخر) أكثر الأصحاب جعلوا المشمش والتفاح والخواخ
من هذا القسم الذى نحن فيه ، وتكلموا فيها كلاما واحدا كما تقدم ،
وامام الحرمين سلك طريقة أخرى فجزم بأن الخوخ والمشمش
وما فى معناه مما الأزهار محتوية عليه للمشتري فى مطلق البيع والتفاح
والكمثرى وما فى معناه مما لا تحتوى أزهاره على الثمار ، ولكنها
تطلع والثمرة دونها ، قال : فما كان كذلك ماك العراقيون الى أنه
لللبائع ، ومن أصحابنا من قال : للمشتري لعدم الانعقاد ، قال : وهذا
هو الذى ذكره الصيدلانى .

وهذه الطريقة التى ذكرها الامام مخالفة لما قاله أكثر الأصحاب
ولنص الشافعى الذى نقلناه عن البويطى ، فانه جعل حكم الابار فى
التفاح والفرسك شيئا واحدا ، والفرسك هو الخوخ ، والامام
قد جعل حكمه مخالفا لحكم التفاح ، ثم ان الامام نقل مثل العراقيين
الى أنه للبايع والعراقيون كما رأيت على أنه قبل تناثر النور للمشتري
الا الشيخ أبى حامد ولعل الامام رأى كلام أبى حامد فنسب ذلك
الى العراقيين كما تقدم له مثل ذلك فى الجوز .

(فرع) قال القاضى الماوردى : ان الكرم نوعان نوع منه
يبدو منه أنوار ثم ينعقد ، ومنه ما يبدو حبا منعقدا وقد تقدم الكلام
فى ذلك ، وعد الماوردى الرمان واللوز مع ذوى النور ، قال تاج الدين
عبد الرحمن : والمشاهد فى بلادنا خلاف ذلك فى الزمان ، فان نوره
لا يكون سابقا له فى أول الظهور وأما اللوز فكذلك هو عندنا ، وقال

(١) هكذا فى الأصل ولعله سقط عبارة (على شىء) (ط) .

الرافعى : ان الرمان واللوز مما يخرج فى نور يتناثر عنه النور ، وما ذكرناه من الحكم فيما اذا بيع الأصل بعد تناثر النور عنه ، فان بيع قبله عاد الكلام السابق فيه ، يعنى اما أن يباع بعد الانعتاد أو بعد التناثر ، فكلام الرافعى موافق للماوردى فى أن الرمان له نور ، ولعله نوعان كالكرم .

وأطلق المتولى القول بأن العنب حكمه حكم النخيل ، قال : وان كان على حبه قشر لطيف يتفتق ويخرج منها نور لطيف ، لأن مثل ذلك يوجد فى غير النخيل بعد التأبير وقد جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم للبائع ، وهذا ملاحظة منه للمعنى الذى لحظه أبو حامد فيما مضى ، وصاحب التتمة مال الى موافقته فيه أيضا ، وقال : ان ثمرة هذه الأشجار تكون تحت غطاء ، ويفارقها ويخرج من تحتها النور والثمرة والنور على رأس الثمرة ، لكنه قسمه قسمين قسم يكون له نور بغير كمام كالفتاح والكمثرى والسفرجل وهو الذى حكى كلام أبى حامد فيه ومال الى موافقته . وقسم على ثمرها نور وتكون الثمرة بين كمام كالجوز واللوز والمشمش والأجاص ، قال : فقبل أن يخرج من الكمام ويتناثر نوره حكمه حكم الطلع قبل التأبير وهذا التفصيل قريب مما حكىناه عن الامام .

(فرع) تقدم فى كلام الشافعى المحكى عن البويطى عد اللوز مع التفاح والفرسك فاعترض البندنيجى بذلك على قول الأصحاب : ان اللوز كالجوز ، قال : وهو سهو منهم فيه ، قال ابن الرفعة : (فان قلت :) هل للشيخ أبى حامد جواب عن نصه فى البويطى (قلت :) لعله يقول : اللوز نوعان ، منه ما ينشق عنه قشره الأعلى على الشجر وهو المذكور فى الأم ومنه ما لا ينشق قشره على الشجر وهو المذكور فى البويطى ، وشاهد ذلك أنا نجد الفول وغيره كالفرسك لا يمكن إزالة قشره عنه دون الأسفل ولا كذلك غير الفرسك .

(فرع) اذا باع أصلا عليه ثمرة ظاهرة ، وظهر ما فى ثمرة العام بعد البيع ففيما حدث بعد البيع وجهان ذكرناهما فى التأبير قاله صاحب البيان ، يشير الى الوجهين المتقدمين عن ابن أبى هريرة وغيره ، وأنه لا فرق فى ذلك بين النخل وغيره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع أرضا وفيها نبات غير الشجر - فان كان مما له أصل يحمل مرة بعد أخرى كالرطبة والبنفسج والفرجس والنعنع والهندبا والبطيخ والقثاء - دخل الأصل في البيع ، وما ظهر منه فهو للبائع ، وما لم يظهر فهو للمشترى كالأشجار . وان كان مما لا يحمل الا مرة كالحنطة والشعير لم يدخل في بيع الأصل ، لأنه نماء ظاهر لا يراد للبقاء فلم يدخل في بيع الأصل كالطلع المؤبر) •

(الشرح) الرطبة - بفتح الراء - وفي كتاب ابن البردي عن شيخه أبي الفنائم - بضم الراء - وهو غلط ، وهو القضب وهو القتب •

(أما الأحكام) فقال أصحابنا : الزرع والنبات اسم لكل ما ينبت من الأرض ، وينقسم الى قسمين ، أصل وغير أصل ، فالأصل ضربان شجر وغير شجر ، فغير الأصل هو الزرع ، وبعبارة أخرى النبات ضربان شجر وغير شجر ، فالشجر على ثلاثة أضرب ما يقصد منه الورد أو الورق أو الثمر ، وقد مضى حكمها وأقسامها ، والنخل والكرفس داخلان في التقسيم ، وان كان المصنف أفردهما بالذكر أولا ، وغير الشجر ضربان أصل وغير أصل ولهذين الضريبن عقد المصنف هذا الفصل •

فالضرب (الأول) الأصل وهو ما يحمل مرة بعد أخرى (والثاني) هو الزرع ، هكذا قسم الشيخ أبو حامد ، وهو يقتضي أن اسم الزرع مخصوص بما لا يحمل الا مرة ، وهو ظاهر ، وكذلك يقتضيه إيراد جماعة ، وجعل الراغب رحمه الله الزرع ضربين ، فجعل ما له ثمرة يحمل مرة بعد أخرى ضربا من الزرع كالبنفسج والفرجس ، وجعل الرطبة والنعنع والهندبا خارجا عن الزرع داخلا تحت اسم الأصول حيث قال الغزالي : وأصول البقول كالأشجار ، وجعل صاحب التهذيب اسم الزرع صادقا على الثلاثة الأضرب ما يثمر مرارا كالفرجس وما يجذ مرارا كالنعنع ، وما لا يجذ مرارا وليست له ثمرة بعد ثمرة كالحنطة ، وكلام الشافعي رضي الله عنه في المختصر يشهد لذلك ،

فانه أطلق الزرع على الضربين الأولين فهو أقرب مما سلكه الرافعى فى اطلاقه الزرع على الضرب الأول دون الثانى ، فانه بحسب الحقيقة صادق على الجميع وبحسب العرف قد يقال : انه لا يصدق عند الاطلاق الا على الأخير والأمر فى ذلك قريب أو هو راجع الى اللفظ .

(وأما) المعنى والأحكام فالأضرب الثلاثة فيه مختلفة والمصنف لم يذكر لفظ الزرع وإنما ذكر لفظ النبات ولا شك أنه شامل للجميع لكنه جعلها فى الحكم قسمين وجعل الرطبة والبنفسج من القسم الأول ، وأشعر كلامه بأن حكمها متحد فأما فى دخول الأصل فصحيح على ما سيأتى تفصيله ، وأما فى كون ما ظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشتري فإن ذلك مختلف فالبنفسج ما ظهر من ثمرته للبائع وما لم يظهر من ثمرته للمشتري وأما أصله فحكمه حكم الشجر والرطبة ليس لها ثمرة فما ظهر منها نفسها يكون للبائع ، وما لم يظهر للمشتري ولم يبين لذلك يتعين أن يقسم القسم الأول فى كلام المصنف الى قسمين فيكون مجموع الأقسام ثلاثة ، كما ذكرها البغوى والرافعى ، وإن كنا نحن لم نطلق اسم الزرع على جميعها .

(القسم الأول) الأصل الذى له ثمرة بعد ثمرة كالبنفسج والنرجس والبطيخ والقثاء والباذنجان وعد صاحب التهذيب من ذلك الموز والكرسف الحجازى فأما الكرسف الحجازى فقد أفرد المصنف بالذكر فيما مضى وأما الموز فذكره المصنف أيضا فى القسم الثانى من أقسام النرجس فيما تقدم ، وهو الأقرب فانه شجر لغة وعرفا ، والكلام الآن فى النبات الذى لا يسمى شجرا فلا يحسن عد الموز فيه ، إذا عرفت ذلك فحكم هذا القسم أن ثمرته الظاهرة حال البيع تبقى للبائع والأمثلة المذكورة مختلفة ، فمنها ما لا تخرج ثمرته الا ظاهرة كالبنفسج ، فإن ورده أشبه الأثماء بالياسمين ، ليس فى كلام ، فإن كان قد ظهر من ورده شئ فورد تلك السفة للبائع الا أن يشترط المبتاع ، هكذا صرح به الشيخ أبو حامد ، وفى معنى ذلك البطيخ والقثاء والباذنجان اذ لا فرق بينهما .

وأما النرجس فانه كالورد الأبيض والإحمر يخرج عنه أوراق خضر . لا يظهر منه شئ ثم يتفتح ، فإن كان قد تفتح منه شئ فإن

ثمرة هذا العام للبائع الا أن يشترط المبتاع ، وأما أصوله فيها الطرق السابقة في الأشجار حرفا بحرف ، سواء في ذلك ما ظهر منها على وجه الأرض وما بطن ، فحينئذ حكم هذا القسم في تبعية الأصول للأرض ، وفي حكم الثمار حكم سائر الأشجار ، هذا هو المشهور ، وحكى الرافعي وجهها في النرجس والبنفسج أنهما كالحنطة والشعير ، وحكاها الروياني في البنفسج ، وعن الشيخ أبي حامد أنه ضعف الوجه المذكور في النرجس ، وقال : هذا كلام من لم يعرف النرجس ، فان النرجس له أصل يبقى عشرين سنة وانما يحول من موضع الى موضع في كل سبع سنين لمصلحته ولا خلاف في هذا القسم والذي بعده أن بيع الأرض صحيح وليس كبيع الأرض المزروعة زرا يحصد مرة واحدة كما سيأتي في القسم الثالث ، ومن صرح بنفي الخلاف صاحب التتمة .

(القسم الثاني) وهو بعض القسم الأول في كلام المصنف ، الأصل الذي ليست له ثمرة بعد ثمرة ، ولكنه يجذ مرة بعد أخرى كالسداب والكراث والنعنع والهندبا والطرخون والكرفس والقصب الفارسي ، وأشجار الخلاف التي تقطع من الأرض كل مرة ، والرطب وهي القضب ويسميا أهل الشام الغصّة — بالصاد المهملة — والقت — بالتاء المثناة — وهو القرط . قال الأزهري : هو القت الذي تسميه أهل العودى (١) وقد عطف المصنف القضب على القت فيقتضى أنهما متغايران ، وكلام النووي يدل على أن القضب والقت والقرط والرطوبة شيء واحد ، ولذلك صرح به القاضي أبو الطيب ، ولكنه بلغه العراق الرطوبة ، وبلغه أهل بلادنا القرط ، وبلغه الشام الغصّة والصواب أن القت والرطوبة شيء واحد ، وأن القرط الذي ببلادنا شيء آخر ، والرطوبة توجد أيضا في صعيد بلادنا ، والله أعلم .

ففي هذا القسم اذا باع الأرض وفيها شيء من ذلك ظاهر على الأرض فالجدة الظاهرة عند البيع للبائع ، لا خلاف في ذلك ، لأنها ظاهرة في الحال لا تتراد للبقاء ، فلم تدخل في البيع الا بالشرط كالثمرة

(١) كذا بالأصل ولعل صوابه مع جبر ما سقط منه هكذا : تسميه أهل البوادي الصنصافة ، راجع الصباح . (المطبوع)

المؤبرة ، وفي دخول أصولها الكامنة في الأرض في بيع الأرض الخلاف الذى فى الأشجار ، هكذا ذكره العراقيون والصيدلانى وغيرهم ، وعن الشيخ أبى محمد الجوينى القطع بالدخول هنا ، والفرق بينها وبين الشجر أن هذه كامنة فى الأرض نازلة منزلة أجزائها بخلاف الأشجار ، فإنها بادية ظاهرة مفارقة للأرض فى صفتها ، هكذا حكى عنه فى النهاية والبسيط والشرح ووقع فى الوسيط أن الشيخ أبى محمد قطع بأنه كالزراع يعنى فلا يدخل ، وذلك خلاف المشهور عن الشيخ أبى محمد قال ابن الرفعة : ولو صح ذلك عن الشيخ لأمكن أن يقال فى الفرق بينه وبين الشجر أن مدة إبقائه فى الأرض قد تعلم ، فلا يكون مراداً للدوام بخلاف الشجر ، وأيد ذلك بالوجه الذى حكاه الرافعى فى البنفسج والفرجس أنهما كالحنطة والشعير ، إذ لا يظهر فرق بين هذين وبطريقة حكاهما الماوردى فى البطيخ ، وما يوجد مرة بعد أخرى لكن فى عام واحد ، أنه كالزراع فيكون للبائع ، قال : فقد يحصل لما فى المسألة ثلاثة أوجه .

(قلت) يعنى ثلاث طرق القطع بالدخول ، والقطع بعدمه الدخول ، وأجراء الخلاف ، والله أعلم . لكن شرط اثبات هذه الطرق أن تتحقق نسبة الطريقة التى فى الوسيط الى قائل ، والأظهر أن ذلك وهم ناسخ لمخالفتها ما فى البسيط والنهاية ، وقد رأى الامام أن القياس طريقة أجراء القولين ، وخالف ما نقله عن والده ، قال : إذ لا يلوح فرق بينها وبين الغراس والأبنية ، وقول ابن الرفعة بأن مدة بقاء أصولها قد تعلم . أن سلم معارض بأن بعض الأشجار قد يكون كذلك ، ولكن تارة تطول مدته وتارة تقصر ، نعم مقتضى الوجه الذى نقله الرافعى فى البنفسج والفرجس أنه يثبت ثلاثة أوجه بذلك وإن لم يثبت ما عندى الى الشيخ أبى محمد من جعلها كالزراع .

(فإن قلنا) بأن الأصول لا تدخل فى بيع الأرض ، فهى باقية على ملك البائع ، والخيرات كلها على ملكه الموجودة عند العقد والحادثة ، والكلام فى وجوب تبقيتها كما تقدم فى الأشجار (وإن قلنا) بظاهر المذهب ، وأن الأصول داخلة قال صاحب التهذيب : فلا يجوز حتى يتخرط البائع على نفسه قطع ما هو ظاهر منه ، لأنه يزيد فيختلط

المبيع بغير المبيع ، وتبعه على ذلك الرافعى ولم يذكر فيه خلافاً
والذى ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمتولى والقاضى
حسين أن البائع يطالب بجذها فى الحال وليس له أن يتركها حتى تبلغ
أوان الجذاذ لأن تركها يؤدى الى الاختلاط وسكتوا عن وجوب اشتراط
القطع فى العقد بل زاد الماوردى على ذلك فحكى وجهين فى أنه هل
ينتظر به تنهاى جذاده ؟ •

(أحدهما) ينظر فاذا بلغ الحد الذى جرت العادة بجذاذه عليه
فقد انتهى ملك البائع ما بعد تلك الجذوة بكما لها للمشتري ، قال :
وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع
تبعاً لما أطلع منها وأبر • (والوجه الثانى) أنه لا ينظر به كمال
جذاذه ، بل يكون للبائع ما ظهر منه وقت العقد وليس له حق فى
غيره ، وبه قال أبو اسحاق المروزي ويمر بجذاذه ، وإن لم يستكمل ،
ويكون الأصل الباقي وما يستخلف طلوعه بعد العقد تابعاً للأصل ،
وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل من بعد العقد يكون
للمشتري ولا يكون تبعاً لما أطلع منها وأبر ، وهذا البناء الذى أشار
إليه الماوردى يقتضى أن يكون الصحيح على طريقة أبى حامد
الاسفرايينى والرافعى أن القلع لا يجب عقيب العقد حتى تتكامل
تلك الجذوة ، لأن الصحيح عندنا أن ما أطلع بعد البيع تابع لما أبر قبل
البيع ، فيكون للبائع ، وإن كان الأصح عند الماوردى أنه للمشتري
ولا يلزم الشيخ أياً حامد أن يقول بأنه لا يجب القطع إلا أن يسلم
البناء المذكور ويفرق بين صورتين بأن للطلع حداً ، وهو نهاية ذلك
الحمل الذى أطلع بعضه وأبر ، وجرت العادة بالتلاحق فيه ،
بخلاف الرطبة فإنها كلها كالحمل الواحد ، وقد نص أبو حامد فى تعليقه
على هذا الفرق ، لكن فى التبعية فقال : إن للطلع حداً ينتهى إليه ، وليس
للرطبة حد ، هذا فرق الأصحاب ، وفرق من عند نفسه بفرق آخر •
وهو أن لا منفعة للمشتري فى قطع الثمرة ، وللبائع منفعة فى قطعها ،
والرطبة فى قطعها فائدة للمشتري ، وفى تركها فائدة للبائع لأنها تزيد ،
انتهى •

وما قاله أبو حامد ومصاحب التهذيب والرافعى لم يلاحظوا فيه
الوجه الذى نقله الماوردى من أنه ينتظر به تنهاى جذاده ، فإن

قلنا به فلا يجب القطع أصلا هو بتعليقه مصادم لقول أبي حامد :
انه ليس للرطبة جذ توجد عليه (وان قلنا :) انه ليس للبائع الا ما كان
ظاهرا فيجب القطع ، وأما كونه يشترط شرطه في العقد فقد يقال :
انه لا حاجة الى ذلك لأنه اذا كان القطع واجبا بمقتضى العقد فلا
حاجة الى شرطه فانه انما يشترط القطع في الثمار لأن مقتضى الاطلاق
فيها الابقاء ، وهذا هو الأقرب الى كلام الروياني ، فانه قال : اذا
باع الأرض مطلقا وهناك بيت ظاهر فهو للبائع باطلاق العقد وعلى
البائع نقله في الحال وهكذا عبارة صاحب التتمة وغيره .

ويحتمل أن يقال : لا بد من شرط القطع ، كما أنه لا بد من
شرط القطع في بيع الثمرة التي يعلم أنها تتلاحق وتختلط على ما
سيأتى ، ولا يفرق بين اختلاط المبيع بغيره ، وبين اختلاط ثمرة
المبيع ، بدليل أن الحكم مطرد فيما اذا باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة
واختلطت بغيرها على الطريقة الصحيحة الا أن يقال : ان الثمرة
هى المقصود الأعظم من الشجر ، أو كل المقصود ، وأما أصل الرطبة
الموجود في الأرض فليس هو كل المقصود من الأرض ولا معظمه .

وسأجمع ان شاء الله تعالى هذه المسائل جملة في آخر الباب ،
عند الكلام فيما اذا باع ثمرة يعلم اختلاطها بغيرها وقد انتظم
في هذه المسألة ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يجب شرط القطع في العقد ،
وهو ما قاله البغوى والرافعى (والثانى) لا يجب ولا يكلف به
الا أن تتكامل الجذة ، فتكون كلها للبائع (والثالث) أن البائع يكلف
القطع حال العقد ، ولا نقول : ان شرط ذلك واجب في العقد ،
وهو مقتضى كلام أبي حامد وأبى الطيب والمتولى والرويانى ، فان لم
يجذ البائع حتى زادت في ملك المشتري واختلطت ، فيخرج على القولين
في الاختلاط ، قاله الفورانى ، والله أعلم .

(فرع) بنى الماوردى على الوجهين اللذين ذكرهما ما اذا كان
الزراع بذرا لم يظهر بعد ، قال : فمن انتظر بها تنهاى الجذاذ
جعل ما ينبت من هذا البذر أول جذة للبائع ، ومن لم ينتظر به
التناهى وجعل حق البائع مقصورا على ما ظهر جعل البذر وجميع
ما يظهر من نباته للمشتري ، ولك أن تقول : الموجب لانتظار تنهاى

الجذاذ كونه ملك الظاهر وتبعية الباطن من تلك الجذة للظاهر منها ، وهذا المعنى مفقود فيما اذا لم يكن ظهر منها ، فينبني الجزم بأنها تكون للمشتري كالثمرة غير المؤبرة ، لكن هذا الوجه مع بعده وغرابته هو مقتضى كلام الشافعى فى الأم اذ قال :

« وان كان البائع قد أعلم المشتري أن له فى الأرض التى ابتاعها بذرا سماه لا يدخل فى بيعه ، فاشترى على ذلك ، فلا خيار للمشتري ، وعليه أن يدعه حتى يصرم ، فان كان مما ينبت من الزرع تركه حتى تصرمه ، ثم كان للمشتري أصله ولم يكن للبائع قلعها ولا قطعه ، وان عجل البائع ففعله قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يدعه يستخلف ، وهو لمن وجد ثمرة غضة ، فليس له أن ينتظر أخرى ، حتى يبلغ ، لأنه لم يكن له مما خرج منه الا مرة واحدة ، فيعجلها ولا يتحول حقه فى غيرها بحال » .

ولذلك اطلاق صاحب التنبيه فى قوله : والجذة الأولى للبائع ، يشمل بعمومه ما اذا كان منها شئ ظاهر ، وما اذا لم يكن وظن ابن الرفعة أنه لا قائل بذلك من الأصحاب بعد حكايته نص الشافعى ، كأنه لم يقف على الخلاف الذى حكاه الماوردى فاذا نص الشافعى واطلاق صاحب التهذيب موافق للوجه الذى حكاه الماوردى وليس لقائل أن يحمل النص المذكور على ما اذا اشترط البائع واستثنى ذلك لنفسه كما دل عليه أول كلام الشافعى ، لأنه لو كان كذلك واشترط البائع البذر لنفسه كانت الأصول وكل جذة تحصل له وقد صرح الشافعى بعدم ذلك وأنه ليس الا الجذة الأولى . فان تعسف متعسف وحمله على ما اذا اشترط البائع أن الجذة الأولى له ففيه نظر ، يحتتمل أن يقال بالصحة ، كما لو استثنى الثمرة غير المؤبرة ، ويحتتمل أن يقال بالفساد ، فانه قد لا يتميز حق البائع من حق المشتري بخلاف الشجر مع الثمر ، فانهما متميزان ، وبالجمله فالوجه المذكور ضعيف غريب ، والصحيح المشهور أن البذر وجميع ما يظهر من المشتري ومن الواضح أن صورة المسألة فيما تتكرر ثمرته ، والله أعلم .

(فرع) باع الأرض وفيها البقول المذكور بعد جذها ، فليس على الأرض منها شئ ظاهر يقال : انه للبائع ، وما فى بطنها من العروق

جزم القاضى أبو الطيب بدخوله فى البيع ، وذلك بناء منه على أن الشجر يدخل فى البيع ، فالطرق الجارية فيه وفى أصول البقول إذا كان منها شئ ظاهر جارية هنا من غير فرق ، وأما الوجهان اللذان ذكرهما الماوردى فى البذر وتكلمت عليهما آنفا فالقياس اجراؤهما هنا أيضا ، وإن كان الأصلح أن ذلك للمشتري ، لأنه ليس ثم شئ ظاهر يستتبع ما ليس بظاهر .

(فرع) إذا كان فى الأرض أشجار خلاف (١) يقطع من وجه الأرض كل مدة ، قال صاحب التهذيب : حكمها حكم القصب الفارسى ، وقال الرافعى : حكمها حكم القصب ، والمراد واحد ، وهو أن حكمها حكم القسم الثانى الذى فرغنا منه .

(أما) إذا كان فيها جذوع خلاف ، عليها قوائم ، فهى بمنزلة أغصان سائر الأشجار .

(فرع) إذا قلنا بوجوب القطع فيما كان ظاهرا عند العقد من البقول (أما) على ما اختاره الرافعى رضى الله عنه من وجوب شرط القطع (وأما) على الوجه الثالث ، قال صاحب التتمة ، ثم الرافعى عنه أنه لا فرق بين أن يكون ما ظهر قد بلغ أو أن الجذ أو لم يكن ، وأطلقا ذلك الحكم من غير تفريع لأنهما لم يذكرنا الوجه الثانى الذى ذكره الماوردى ، واستثنيا من ذلك القصب ، فإنه لا يكلف قطعه إلا أن يكون ما ظهر قدرا ينتفع به ، وكذلك قال الشيخ أبو حامد : القصب الفارسى إذا كان للبائع لم يلزمه نقله وتحويله الى وقت قطعه فى العادة ، وهو زمان الشتاء فإنه ان قطع قبل ذلك الوقت تلف ، ولا يصلح لشيء ، وكذلك الرويانى والجرجانى قالا : ان البائع يمكن حتى يقطعه إذا جاء وقته ، لأن له وقتا يقطع فيه .

ولك أن تقول اشكالا على الرافعى : انه إذا كان البيع يجب فيه شرط القطع ، فاما أن يكون ذلك عاما فيما ينتفع به وما لا ينتفع به أو لا ، فان كان عاما فيجب الوفاء به ، وإن كان محله فيما ينتفع به فلا وجه لاستثناء القصب وحده بل كل ما لا ينتفع به ، والقول بوجوب شرط القطع

(١) بضم الخاء وفتح اللام مع التشديد ، وهو ما يسى فى ديار مصر بالربة .
(الطيمى)

فيما لا ينتفع به بعيد ، ألا ترى أن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح انما يجوز بيعها بشرط القطع اذا كان المقطوع مما ينتفع به (فان قلت :) ذاك لأن المنفعة شرط في المبيع والمقطوع هنا غير مبيع (قلت :) لكنه فيه اضاءة مال فيمتنع شرطه لذلك ، نعم قد يقال أن هذا يجب قطعه ، وإن لم يشترط ، لأنه يصير في ملك المشتري على أصله فلا يلزمه ابقاؤه وإذا لم يلزم فيجوز اشتراط قطعه وفوات ماليته مقابل لما يحصل للبائع من ثمن المبيع ، فقد يكون له غرض في اغتفار ذلك بازائه ، وهذا الاشكال الثاني بعينه لازم لصاحب التتمة والشيخ أبى حامد ، ولكن الشيخ أبى حامد ليس في كلامه تصريح بقصر ذلك على القصب ، فلعله يقول به في كل ما لا ينتفع به اذا قطع ، بخلاف صاحب التتمة ، فان ظاهر كلامه الفرق بينه وبين الزرع في ذلك .

وقد يؤخذ من كلام أبى حامد المتقدم جواب على ذلك من قوله : ان للقصب وقتا يقطع فيه ، فان ذلك يقتضى تشبيهه بالزرع الذى يجب ابقاؤه لما قدمه الرويانى في الفرق من المعنى ، أن له وقت نهاية ، والرطوبة ليس لها وقت نهاية ، لكن ذلك بعيد ، لأن كلا من الرطوبة والقصب الفارسى له وقت يؤخذ فيه في العادة ، ويزيد بعده بخلاف الزروع التى بعد وقت أخذها لا تزيد شيئا ، والله تعالى أعلم .

(فسر) من القول ما يبقى أصله سنين وهو الذى تجرى فيه الأحكام المتقدمة ، ومنه ما يبقى سنة واحدة يجيء مدة بعد مدة في السنة ، قال الشيخ أبو حامد : حكم هذا عندي حكم الزرع كله للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع ، فهذا ذكره الشيخ أبو حامد في هذا القسم الثانى ، وهو ما يجذ مرة بعد أخرى ، وذكر الماوردى في نظيره من القسم الأول وهو ما يثمر مرة بعد أخرى ، لكن في عام واحد كالبطيخ والخيار والقثاء ذكر فيها وجهين (أحدهما) وهو قول البمداديين أنه في حكم الشجر ، فيكون للبائع من ثمرته ما قد ظهر ، وللمشتري الأصل وما يظهر (والوجه الثانى) وهو قول البصريين أنه في حكم الزرع ، فيكون للبائع أصله وثمره ، لأنه زرع عام واحد ، وإن تفرق لقاط ثمره ، والشجر مابقى أعواما وألحق به مابقى أعواما كالعطف ، ولم يلحق به مابقى عام واحد . والرويانى جزم القول فيما يجذ دفعة بعد أخرى بالتسوية بين ما يبقى مدة يسيرة كالهندبا والجرجير ، وما يبقى

سنين • ومقتضى كلامه أن ذلك منصوب عليه في الأم : وحكى مع ذلك ما نقله الماوردي •

(فرع) ظهر لك مما تقدم أن الأقسام فيما لا يؤخذ مرة بعد أخرى أربعة (الأول) أصل له ثمرة بعد ثمرة وأصله يبقى سنين في الأرض •

(والثاني) أصل له ثمرة بعد ثمرة يبقى عاما واحدا •

(الثالث) أصل له ثمرة لكنه يجذ مرة بعد أخرى ويبقى أصله سنين في الأرض •

(الرابع) أصل يجذ مرة بعد أخرى في عام واحد وهذا هو الذي نقلته فيما تقدم عن الشيخ أبي حامد ، وما ذكره الماوردي في القسم الثالث من الخلاف يأتي فيه إذ لا فرق بينهما ، والله أعلم • وهذه الأقسام الأربعة كلها في القسم الأول من القسمين اللذين ذكرهما المصنف ، وبذلك تعرف مراتب الأمثلة التي ذكرها ، فالبنفسج والنرجس من القسم الأول ، والبطيخ والقناء من القسم الثاني ، والنعنع والهندبا والرطبة منه ما يبقى سنين في الأرض ، فهو من القسم الثالث ، ومنه ما يبقى سنة واحدة كقرط بلادنا وكثير من بقولها ، فهو من القسم الرابع ، والله عز وجل أعلم •

(فرع) الموز أصله لا يحمل الا سنة واحدة ، ثم يموت بعد أن يستخلف مكانه فرخا يحمل بعد ذلك ، فاذا باع الأرض وفيها شجر موز فلا شك أنه اذا كان عليه ثمر يكون الثمر للبائع ، فقد مر ذلك في كلام المصنف ، والكلام ههنا في أن أصل الموز نفسه هل يدخل في بيع الأرض ؟ كما يدخل الشجر أو لا ؟ وقد تقدم عن صاحب التهذيب أنه عده في القسم الأول • وأن الأصول تدرج على أصح الطرق كالشجر ، وكأنه رأى أن اسم الشجر يطلق عليه فلذلك أجرى عليه حكمه ، والذي قاله الماوردي أن الأصل الموجود وقت العقد لا يدخل في البيع كالزراع ، لأنه لا يبقى بعد سنة ، والفرخ الذي يستخلف كالشجر يدخل في البيع •

(قلت :) وقوله : ان الفرخ يدخل في البيع ، ان فرض في فرخ يحدث بعد البيع فلا معنى لتشبيهه بالشجر ، ولا يقال : انه دخل

في عقد البيع ، بل ذلك كسائر ما يحدث يستحقه المشتري بحكم الملك لا بحكم الدخول في العقد ، وان فرض في فرخ يكون حاصلا عند العقد فقد يقال : ينبغي على قوله أن لا يدخل ، لأنه لا يبقى لأنه ليس له أكثر من ثمرة واحدة كالزراع ، وقد قال الشافعي في الأم بعد ذكر بيع الأرض وفيها القصب : اذا باع أرضا وفيها موز قد خرج ، فله ما خرج من الموز قبل بيعه ، وليس له ما خرج مرة أخرى من الشجر الذي تحت الموز ، وذلك أن شجر الموز عندنا يحمل مرة وينبت الى جنبها أربع ، فيقطع ويخرج في الذي حولها ، وهذا الكلام محتمل لأن يكون المراد به أن ثمر الموز الموجود عند العقد للبائع ، وما يحدث بعده للمشتري ، وهذا صحيح لا اشكال فيه ، وليس فيه ما يشهد لما قاله الماوردي ، ولا لما قاله صاحب التهذيب ، فان سألت عن حكم الشجرة نفسها على هذا التفسير ، ويحتمل أن يكون مراده به الشجرة نفسها ، وان كان خارجا منها يكون للبائع ، وما نبت من فراخها يكون للمشتري ، فيوافق كلام الماوردي وهو الذي فهمه ابن الرفعة •

ولم يترجح عندي هذا الاحتمال على الذي قبله • لكنه يؤخذ من كلام الشافعي أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشتري ، لقوله : ان ما خرج مرة أخرى ليس للبائع ، فان كان مراده الفرخ فذاك ، وان كان المراد ثمرته فيلزم من كون الثمرة للمشتري أن يكون الأصل له ، وهذا لا شك فيه في أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشتري ، واذا ثبت ذلك دل على أن أصل شجر الموز الذي هو مستقر في الأرض يدخل في بيعها ، لأن الفرخ الذي حكمنا بكونه للمشتري يثبت منه •

(وأما) الفرخ الموجود وقت العقد وهو ينبئ على الاحتمالين اللذين ذكرتهما في كلام الشافعي رضى الله عنه في قوله : فله ما خرج من الموز قبل بيعه ان كان مراده الثمرة فلا دلالة فيه ، وان كان مراده الشجرة نفسها فيشمل الأم وفراخها ، وكلام الجوري يشهد للتفسير الأول فانه قال في معرض نقل كلام الشافعي : فان باعه أرضا وفيها موز فللبائع ما خرج من الموز ، وليس له ما يخرج بعد ذلك • ولا ما لا تخرج أولاده التي الى جنبه ، فقوله : ولا ما تخرج أولاده يدل على أن الكلام في الثمرة فان الحقنا ذلك بالرطوبة اقتضى

أن لا يدخل شيء بما ظهر في البيع لا الأم ولا فراخها ، كما فلا مقتضى هذا الاحتمال ولذلك لا تجوز المساقاة عليه جزما كما يقتضيه كلام الماوردي في باب المساقاة ، وإن الحقناه بالشئ اقتضى دخولهما .

وقد يقال : تلحق الأم بالرطوبة لقرب قطعها ، وأما الفرخ فانه يقصد بقاءه حتى تقطع الأم ويكبر وتحدث ثمرته بعد ذلك فكذلك بقول : ان الفرخ يدخل لشبهه بالشجر في كونه مقصود البقاء ، والأم لا تدخل كما يقتضى ذلك كلام الماوردي ، فنظرت في هذه الاحتمالات الثلاثة أيها أرجح ، فوجدت أرجحها على مقتضى المذهب أنهما يدخلان الأم والفراخ ، كما قاله صاحب التهذيب ، فان الذى بلغنى من حال الموز ممن له فيه معرفة يخالف حال الرطوبة ، فان شجرة الموز ينبت الى جانبها من أصلها فراخ فاذا تكامل حمل الشجرة الأصلية قطع عرجون الموز مع شيء من رأس الشجرة ، ويبقى بقيتها لأجل تربية الفرخ ، وانه متى قطعت كلها يموت الفرخ ، فتبقى لأجله حتى يتكامل الفرخ وتجف هى ، وتتساقط بنفسها الى الأرض ، فيخلفها ذلك الفرخ وي طرح الموز ، وهكذا على الترتيب لابد من بقاء الأم لتربية أولادها ، ولا يكون من أولادها الا واحد ويقطع الباقي لئلا يضر بأمه ويشرب ماءها .

فاذا علمت أن شجرة الموز لا يمكن قطعها من أصلها لافساد فرخها ، وأن فرخها لا ينتج بدونها ، ظهر لك الفرق بينها وبين الرطوبة ، فانه لو قلنا للبائع : أن يقطع ما ظهر من الموز ويبقى الجذر فى الأرض وحده ، لم ينبت بعد ذلك منه شيء لم ينتفع به المشتري فلا يمكن القول بعدم دخولها في البيع لذلك ، ولذلك لا يمكن القول بعدم دخولها في الأم ودخول الفرخ ، لأنه كان يكون للبائع قطع الأم فيتلف الفرخ ، فلا بد من ابقائهما ، وهو قول صاحب التهذيب ، والله أعلم .

والظاهر أن مراد الماوردي بالفرخ الذى يكون للمشتري ، ما حدث بعد البيع ، وقد يطلق على مثل ذلك انه داخل في العقد توسعا في العبارة ، ووقع في كلام الماوردي أن الفرخ يحمل في العام القابل ، وقد أخبرنى بعض أهل المعرفة بذلك أنه لا يقيم سنة بل تارة تكون

اقامته شهرين ، وتارة أكثر من ذلك ، فلعل مراد الماوردى بالسنة المدة التى تبقى فيها كما يقال سنة الزرع ، وان كان لا يراد حول كامل ، وقد ظهر أن الموز نوع غريب لم يشملته التقسيم ، لأن له أصلا ثابتا . ولا يحمل الا مرة ، ويستمر جذره فى الأرض سنين ولا يجذ كالرطوبة ، والله أعلم .

(فرع) لو كان فى الأرض جزر أو سلق أو ثوم أو فجل أو بصل ، قال صاحب التهذيب : لا يدخل شئ منها فى بيع الأرض ، يعنى ويكون ذلك من حكم التقسيم الذى سيأتى ، وهو الزرع الذى لا يحمل الا مرة ، وكذلك الرافعى ، الا أنه لم يذكر البصل ، ولو باع أرضا فيها جزر أو فجل بجزرها وفجلها نقل الماوردى عن الافصاح وجهين (أحدهما) لا يجوز (والثانى) يجوز تبعا .

(فرع) هذه الأحكام التى تقدمت كلها فيما اذا أطلق البيع : أما لو باع الأرض وشرط ذلك للمشتري ما يحصد مرة بعد أخرى كالبقول ، فللمشتري الفروع والعروق ، قاله صاحب التتمة ، وفرق بين هذه حيث يقول عند الإطلاق : لا يدخل ما ظهر منها ، وبين الشجر ، بأن هذه لا تتراد للدوام ، وهى نماء ظاهر ، فصارت كالثمرة المؤبرة والشجرة تتراد للدوام فاستوى فرعها وأصلها ، وصار الجميع للمشتري .

(القسم الثانى) من كلام المصنف . وهو الثالث من التقسيم الذى ذكرته أولا . ما لا يحمل الا مرة كالحنطة والشعير والباقلا والكتان . فلا خلاف أنه لم يدخل فى الأرض الا بالشرط لما ذكره المصنف . والطلع المؤبر الذى جعله مقيسا عليه ثبت حكمه بالحديث المتقدم : « من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع » .

وقوله نماء (ظاهر) احتراز من الطلع الذى لم يؤبر (وقوله) لا يراد للبقاء احتراز من الغراس اذا قلنا يدخل فى بيع الأرض على ظاهر المذهب ، والرافعى رحمه الله اقتصر على التعليل بعدم الدوام والثبات قال الماوردى : (فان قيل) الثمرة قبل التأخير مستبقة

لكامل المنفعة لم تجن وهي داخلة في البيع ؟ فهلا كان الزرع مثلها ؟
(قيل :) الفرق بينهما أن الثمرة حادثة من خلقة الأصل المبيع ،
والزرع مستودع في الأرض بفعل الآدمي : ألا ترى أن الأرض يدخل
فيها المعدن لأنه خلقة في الأرض ، ولا يدخل فيها الركاز لأنه مستودع
فيها .

واعلم أن الترجمة عن هذا القسم تشمل الموز لأنه نبات لا يحمل
الامرة واحدة ، لكن لا قائل بأن جذره الثابت في الأرض لا يدخل ،
بخلاف الحنطة والشعير ، فالمراد حينئذ بهذا القسم ما لا يحمل الا
مرة ، وليس له أصل ثابت في الأرض ، وبذلك يخرج الموز ، فان
له أصلا ثابتا ، منه تنبت الفراخ ، وعلى هذا ينبغي أن يقال في القسم
الحاضر : النبات اما أن يكون له أصل ثابت في الأرض أو لا ، فالأول
اما أن يكون يحمل مرة واحدة كالموز ، أو مرات ، فأما في عام واحد
كالبطيخ ، أو في أكثر كالرطوبة ، وسائر ما يجذ ويثمر مرات ، والذي
لا بقاء لأصله هو الزرع ، فالحنطة والشعير وشبههما . أو نقول :
النبات اما أن يثمر ويجذ مرات . أو مرة واحدة فالأول اما في عام
واحد أو في أعوام ، والثاني اما أن يبقى أصله كالموز أو لا يبقى
كالحنطة والشعير .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفي بيع الأرض طريقان : من أصحابنا من قال : فيه قولان ،
لأنها في يد البائع الى أن يحصد الزرع ، فكان في بيعها قولان
كالأرض المستأجرة ، ومنهم من قال : يصح بيع الأرض قولاً
واحداً لأن المبيع في يد المشتري ، وإنما يدخل البائع للسقي
أو الحصاد ، فجاز بيعه قولاً واحداً كالأمة المزوجة) .

(الشرح) الطريقان مشهوران ، والأولى منسوبة الى أبي اسحاق
المروزي ، وجمهور الأصحاب على الطريقة الثانية ، وهي التي صحها
الرافعي وغيره وقاسوها على بيع الدار المشحونة بأمتعة البائع ،
وعلى بيع الأمة المزوجة ، وفرقوا بينها وبين الدار المستأجرة بأن يد
المستأجر حائلة بكل حال ، فكان كما لو أجزر أمته ثم باعها بطل

البيع على أحد القولين ، ولو زوجها ثم باعها صح البيع قولاً واحداً ، وذكر الشيخ أبو حامد أن الأصحاب فرقوا بفرقين آخرين لا يتضحان لم نذكرهما ، ورد الجمهور طريقة التخييع على القولين بأنه لو كان في معنى تلك الصورة لوجب القطع بالفساد لأن مدة بقاء الزرع مجهولة ، ألا ترى أن بيع الدار التي استحققت المعتدة سكنها ، إذا كانت العدة معلومة كالأشهر فيها قولان ؟ وإذا كانت مجهولة كالحمل والأقراء بطل قولاً واحداً .

وذكر ابن الرفعة سؤالاً قد يعترض به على هذا ، وهو أن لأبي إسحاق أن يقول : مدة الزرع — وإن لم تعلم يقيناً — فالعرف الغالب يضبطها ، فإن فرض مخالف فنادر ، وزمنه يسير مغتفر ، والمنع من بيع دار المعتدة بالأقراء ليس لما ذكر ، بل لأنها قد تموت فتكون المنفعة عائدة للمشتري ، ولهذا نقول على طريقة قاطعة لا يصح ، وإن كانت عدتها بالأشهر ، وهذا السؤال مندفع بمن لها عادة مستقيمة في الأقراء والحمل ، فإنه لا يصح بيع الدار التي استحققت سكنها للعدة ، وإن كانت العدة تضبطها ، فلما لم يغتفر ذلك كذلك لا يغتفر مثله في مدة الزرع .

(وقوله :) أن المنع من بيع دار المعتدة بالأقراء ليس لما ذكر إلى آخره لا يحسن ، فإن الكلام إنما هو في القطع بالفساد ، ولا يجوز أن تكون العلة في ذلك ما ذكره والا لقطعنا بالفساد في دار المعتدة بالأشهر ، فمستند القطع بالفساد في دار المعتدة بالأقراء والحمل وعدم إجراء الخلاف فيه إنما هو الجهالة .

(وأما) قوله : أن المنافع تكون عائدة للمشتري . فاعلم أن المنقول في توجيه الطريقة القاطعة التي ذكرها أن منفعة الدار المعتد فيها ليست مملوكة للمعتدة ، فإنه لو ماتت كانت منافعها للزوج ، فيكون إذا باعها كمن باع داراً واستثنى منفعتها لنفسه مدة معلومة . والظاهر فيه البطالان ، والذي يليق بهذه الطريقة إذا صححنا بيعها أن تكون المنافع باقية على ملك الزوج إن كان مطلقاً ، أو ورثته إن كان ميتاً . فإذا ماتت المعتدة بقيت منافع بقية المدة من الأشهر على الزوج أو ورثته . ولا تكون للمشتري . وإنما تكون للمشتري لو نزلنا استحقاق

المعتدة منزلة استحقاق المستأجر ، فحينئذ يجيء فيه الخلاف المذكور فيما اذا عرض ما يفسخ الاجارة : هل تكون منفعة بقية المدة للمشتري أو للبائع ؟ فيه وجهان ، فقد تبين أن السؤال المذكور غير متوجه ، والله أعلم .

(فان قلت :) الحاق بيع الأرض المزروعة بالدار المشحونة بالأمتعة غير متجه لامكان الاستغلال بتسليم الدار عقيب العقد ، وجوب ذلك ، فالمنفعة مستحقة للمشتري في تلك المدة بخلاف مدة بقاء الزرع والحاقتها بالأمة المزوجة أيضا غير متجه لأن الأمة المزوجة يمكن تسليمها الآن ووضع اليد عليها بخلاف الأرض المزروعة فان التخلية القائمة مع وجوب ابقاء الزرع غير حاصلة ، فوجب اما القطع بالبطلان الحاقا بدار المعتدة ، ولا قائل به واما اجراء الخلاف الحاقا بالعين المستأجرة كما قال أبو اسحاق .

(قلت :) شرط الحاق مسألة بأخرى اشتراكهما في مناط الحكم مع عدم الفارق ولا يكفي الاشتراك فيما ليس مناط الحكم في الأصل ، ولا شك أن بين المسائل الخمس قدرا مشتركا من جهة عدم حصول ملك المنفعة للمشتري عقيب العقد ، ولما اتفقوا على صحة بيع الأمة المزوجة دل على أن ذلك غير مقتض لابطال البيع ، وأن مأخذ البطلان ليس هو عدم حصول المنفعة للمشتري بل عدم القدرة على تسليم العين لثبوت يد المعتدة والمستأجر الحائلتين بين المشتري وبينها ، وأما الأرض المزروعة والدار المشحونة ، والأمة المزوجة ، فثالثتها مشتركة في أنه لا يد حائلة فالمقتضى للبطلان اذا أجرى فيه لعدم اشتراكهما في مناط الحكم ، والأرض المزروعة لها شبه من كل من الدار المشحونة والأمة المزوجة تشبه الدار المشحونة من جهة أن لكل منهما أمدا ينتظر ، ويفترقان في الاستغلال بالتسليم عقيب البيع في الدار دون الأرض وتشبه الأمة المزوجة في أن كلا منهما يستحق فيه استيفاء ملك المنفعة على المشتري ، ولا يجب ازالتهما عقيب العقد ، ويفترقان في أن الزرع له غاية بخلاف النكاح ، فلذلك حسن قياسها عليها ، وقياسها على الأمة أرجح ، كما فعل المصنف فانه قد يقال : ان منفعة الدار في مدة التفريغ مستحقة للمشتري ، ولذلك وجب على البائع تفريغها ،

فلم يكن المبيع مسلوب المنفعة بخلاف الأمة المزوجة والأرض المزروعة
فإن منفعتهما غير مستحقتين للمشتري مدة بقائهما •

ولم أعلم أحداً حكى في صحة بيع الدار المشحونة بالأمته
خلافًا وذكروا الطريقين في الأرض المزروعة قال الامام : ولا شك أن
القياس يقتضى التسوية بينهما ، اذ لا فرق ، ويمكن أن نقول ما ذكرناه
من تخصيص الخلاف بالأرض المزروعة • وحكى الامام في أن المشتري
إذا كان جاهلاً بأن الدار مشحونة هل يثبت له الخيار ؟ وجهان ،
والمذهب ثبوته أما الأرض المزروعة فيثبت الخيار جزماً عند الجهل ،
سواء قلنا : أن تسليمها يمكن أم لا لعدم إمكان الانتفاع بها في
الحال ؟ إلا أن يختار البائع قلع الزرع ويكون غير ضار بالأرض فلا
خيار ، كما سيأتى الوجه الذى نقله الامام في عدم ثبوت الخيار في
الدار المشحونة بالأمته ، وأن الغالب في العادة اشتمال الدار على
أمته ثم انها تفرغ بعد ذلك ، والله أعلم •

(التفريع) بائع الأرض المزروعة اذا خلى بينها وبين المشتري ،
فهل يحكم بصيرورتها في يده ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا ، لأنها
مشغولة بملك البائع كالدار المشحونة بالأمته (وأصحهما) على ما ذكره
الامام والغزالي والرافعي : نعم لحصول التسليم في الرقبة وهى
البيعة ، وأما الدار المشحونة فالتسليم فيها متأث في الحال ، فلا حاجة
تدعو الى التخليه قبله ، على أن الامام أورد فيها وجهاً أن اليد لا
تثبت فيها بخلاف الأرض وجعل في المسألتين ثلاثة أوجه ، وادعى
أن ظاهر المذهب ثبوت اليد فيها ، وحكاه غير الامام أيضاً •

وحكى الغزالي في البسيط وجهاً أن اليد تثبت في الدار ولا تثبت
في الأرض فيجتمع من نقله ونقل الامام أربعة أوجه • ووجه الفرق على
الوجه المحكى في البسيط أن التشاغل بالتفريع ممكن ، فنزل الممكن
الذى لا عسر فيه منزلة الموجود ، قال ابن الرقبة : ولعل القائل بأنه
لا يحصل التسليم هو أبو اسحاق المروزي ، فلا يصح إبطال مذهبه ،
يعنى في البيع الا باقامة الدليل على صحة القبض ، وهذان الوجهان في
صحة تسليم الأرض المزروعة يؤخذان من لفظ الكتاب ، فانه ذكر

في تعليل الطريقة الأولى أنها في يد البائع وفي تعليل الثانية أن المبيع في يد المشتري وقد يقول الفقيه : هذان التعليلان متضادمان •

(والجواب) أن ذلك يحتمل ، إذا كان في أحد الكلامين زيادة كما في هذه الصورة ، فإن في تعليل الطريقة الثانية ما ينبه على دفع الخيال للتعليل الأول ، وتبين أن قوله : أنها في يد البائع ليس كذلك ، لأن المبيع هو العين ، والعين في يد المشتري ، ودخول البائع لأجل السقي والحصاد المتعلقين بالزراع خاصة لا يمنع ثبوت اليد على العين ، والله أعلم •

(تنبيه) من قال بصحة تسليمها مزروعة لا شك أنه يقول بصحة البيع ، ومن لم يقل به يحتمل أن يقول بتخريجها على العين المستأجرة كما قال أبو إسحاق ويحتمل أن يجزم بالصحة ويفرق بما تقدم من أن العين المستأجرة عليها يد حائلة ، والأرض المزروعة في يد بائعها ، لكنه قد يكون الزرع لغير البائع وهو مستحق الإبقاء فيساوي يد الاجارة •

(فسر) لو انقلع الزرع قبل المدة لحاجة أو جذه البائع قبل وقت حصاده وجب عليه تسليم الأرض ، وليس له استبقاء الأرض ما بقي مدة الزرع ، لأنه إنما يستحق من الأرض ما كان صالحا لذلك الزرع ، قاله الماوردي والأصحاب ، ولو كان الزرع مما لو جذ قبل حصاده قوى أصله واستخلف ، وفرخ كالدخن فجذ قبل حصاده كان له استبقاء الأصل الباقي الى أوان الحصاد لأنه من جملة ذلك الزرع ، وليس له استيفاء ما استخلف وفرخ بعد الحصاد ، لأنه غير ذلك الزرع ، وعلى البائع قلعه ، ولا يملكه المشتري كما يملك أصل القث الذي يجذ مرة ، لأن القث أصل ثابت ، والزرع فرع زائل ، واستخلاف بعضه نادر ، قال ذلك الماوردي •

(فسر) قال الرافعي : كل زرع لا يدخل في البيع لا يدخل ، وإن قال : بعت الأرض بحقوقها يحكى ذلك عن الشيخ أبي حامد ، قال الرافعي : ورأيت له لمنصور التميمي في المستعمل أيضا (قلت :) وقد رأيت ذلك في تعليق أبي حامد في بيع القرية أنه إذا قال : بمزارعها

دخلت المزارع : وان قال بحقوقها لم تدخل المزارع ، كما ذكره المصنف فيما تقدم (وأما) في الأرض فلم أقف عليه فيها •

(فرع) عندنا لا يؤمر البائع بقطع الزرع الذي له في الحال ، بل له إبقاؤه الى أوان الحصاد ، خلافا لأبى حنيفة رضى الله عنه ، فعنده منفعة الأرض مستحقة للمشتري ، فلذلك أوجب القطع ، وعندنا هي مستحقة للبائع ، فلذلك لم نوجبه ، وأوجبنا الإبقاء ، وعند وقت الحصاد يؤمر بالقطع والتفريغ ، ويجبر البائع عليه ، وعليه تسوية الأرض ، وعليه قلع العروق التي يضر بقاؤها بالأرض كمروق الذرة ، نص عليه ، كما اذا كان في الدار المبيعة أمتعة لا يتسع لها باب الدار ، ينقض وعلى البائع ضمانه ، وهكذا ذكروه وجزموا بوجوب التسوية ، وسيأتى فيه وجه مذكور في مسألة الحجارة عن صاحب التتمة ، وقياسه أن يأتى هنا •

(وأما) ضمان النقصان في باب الدار فقال القاضي أبو الطيب : في موضع الحجارة ان أمكن تقويم ما نقص من قيمة ما انهدم لزم البائع ذلك ، وان لم يمكن لزمه تسوية حلقة الباب ، وقال هنا : يحتمل أن يقال : يلزمه بناؤه كما يلزمه تسوية الأرض • وهو مقتضى كلام المحاملى والقاضى حسين •

(فرع) لو كان المشتري جاهلا بالزرع بأن كان رأى الأرض قبل ذلك ثم اشتراها وبها زرع • ولم يرها حين العقد • فله الخيار في فسخ البيع • لأن الزرع عيب يمنع منفعة الأرض • فان فسخ رجع بالثمن وان أقر فللبائع ترك الزرع في الأرض الى وقت حصاده • كما نقوله في الثمرة المؤبرة • وسيأتى ذلك ان شاء الله تعالى • فلو رضى البائع بتسليم الزرع للمشتري أو قلعه ويكون قلعه غير مضر بالأرض لم يكن للمشتري خيار نص عليه • وان كان المشتري عالما بالزرع فلا خيار له • قاله الماوردى والأصحاب • واتفقوا عليه • وهذا اذا لم يطرأ ما يقضى تأخر الزرع عن وقت الحصاد المعتاد • ولو طرأ ما يوجب ذلك ففيه كلام أذكره قريبا في فرع وجوب الأجرة •

(فرع) في وجوب الأجرة على البائع في مدة بقاء الزرع في الأرض • ان كان المشتري عالما فلا أجرة قطعا • وان كان جاهلا

فوجهان عن رواية صاحب التقريب والذي أورده المعظم انه لا تجب
الأجرة وتقع تلك المدة مستثناة . كما لو باع دارا مشحونة بأقمشة لا
يستحق المشتري الأجرة لمدة التفريغ وهذا ما جزم به الماوردي
وخلافه (والأظهر) عند الغزالي والجرجاني الوجوب وجعل الامام
محل الخوف فيما اذا كان جاهلا . قال الروياني : انما تجب الأجرة
اذا زرعها بعقد الاجارة أو بغير حق . وهنا لم يوجد واحد منهما ؛
ثم ههنا كلامان (أحدهما) أن هذا الخلاف هل محله اذا اكتفينا بالتخلية
وجعلناها قبضا . أو اذا لم نكتف بها ؟ أو هو على الاطلاق ؟ .

قال ابن الرفعة : ما ذكر من التعليل يقتضى أن ذلك يختص بحالة
عدم الاكتفاء قال : والأشبه أن يقال : ان اكتفينا بها فالخلاف
متوجه . وان لم نكتف بها (فان قلنا :) الأجرة لا تجب أو اكتفينا
بالتخلية فهنا أولى (وان قلنا :) تجب . فهنا وجهان مبنيان على أن
البائع اذا انتفع بالمبيع قبل اقباضه هل تلزمه الأجرة أم لا ؟
وفيه خلاف (فان قلنا :) لا لم تجب هنا (وان قلنا :) نعم : وجبت
ولا ننظر الى أنه ثم متعدد ولا تعدى منه هنا . لأن باب الضمان
لا يختلف . وقال ابن الرفعة : انه لولا تعليل الامام يعنى تعليله وجه
عدم ايجاب الأجرة بقدرة المشتري على الفسخ . لولا هذا
التعليل لأمكن أن يقال : الوجهان في الرجوع بالأجرة انما هما قبل
التخلية أو بعدها . وقلنا : انها لا تكفى . ويكونان مبنيين على جنائية
البائع . فان قلنا : كالأجنبي ضمن الأجرة والا فلا .

قال الامام : وللخلاف نظائر في الحجارة (قلت :) والأشبه أن
الخلاف في وجوب الأجرة في مسألتنا هذه كما في مسألة الحجارة مطلق .
فيما اذا اكتفينا بالتخلية ، وفيما اذا لم نكتف بها . ومأخذه أن تفويت
المنافع هل هو كالعيب أم لا ؟ بل المنافع مستقلة متميزة عن المبيع ، كما
يشعر به تعليل الامام والغزالي وجه الوجوب في هذه المسألة
(فان قلنا :) بالثاني ضمنا مطلقا ولا أثر للاجارة في اسقاطها ولا فرق
في ذلك بين أن نقول يكتفى بالتخلية أو لا ، وهذا يوافق الوجه الذي
يقول في مسألة الحجارة بوجوب الأجرة قبل القبض وبمده ، وان
جعلنا تفويت المنافع بمنزلة التعيب اكتفت على أن جنائية البائع على
المبيع كالأفة السماوية أو كجنائية الأجنبي ؟ .

(ان قلنا :) كجناية الأجنبي ضمنها مطلقا قبل التخلية وبعدها ،
 اكتفينا بالتخلية ، وجعلناها قبضا ، أو اذا لم نكتف بها أو هو على الإطلاق
 — فان كان ذلك قبل التخلية — لم تلزمه الأجرة وان كان بعد
 التخلية — فان لم نكتف بها فكذاك وهذا قول من لا يوجب الأجرة
 في مسألة الحجارة مطلقا ، وان اكتفينا بالتخلية والفرض أن الزرع
 الذى هو عيب حاصل قبل القبض ، فلا تجب الأجرة أيضا لأنه بالاجارة
 رضى بذلك ، فان لم يكن له أجرة كما لو رضى بالعيب لم يكن له
 أرش ، فقد تلخص أن الخلاف في وجوب الأجرة جار مطلقا اما قبل التخلية
 أو بعدها اذا لم يكتف بها . فمأخذ الوجوب أمران (أحدهما) الحاق
 البائع بالأجنبي (والثانى) أن المناقح متميزة عن المقصود فليس
 تقويتها بمنزلة العيب ، ومأخذ عدم الوجوب جعلها عيبا والحاق تعيب
 البائع بالآفة السماوية .

(وأما بعد) التخلية والاكتفاء بها فمأخذ الوجوب أن المناقح متميزة
 غير معقود عليها كما تقدم ، أو الحاق البائع بالأجنبي ، ومأخذ
 الاسقاط جعل تعيب البائع كالآفة السماوية ، فاذا أجاز المشتري سقط
 حقه من الأرش ، لأنه قد رضى بالعيب كذلك هنا اذا أجاز سقط حقه من
 الأجرة بقية المدة ، لأن سببه متقدم قبل القبض وقد رضى به .

(فان قلت :) مقتضى ما ذكرت أن يكون الصحيح عدم وجوب
 الأجرة ، لأن الأصح عند الأكثرين أن جناية البائع كالآفة السماوية ،
 وقد جزم الرافعى بأن استعمال البائع المبيع يخرج على جنايته ، ان
 جعلناها كالآفة السماوية لم تجب ، والا وجبت ، فيخرج من ذلك
 أن الأصح في مسألتنا أنه لا تجب الأجرة لا في مسألة الزرع
 ولا في مسألة الحجارة ، لكن قد تقدم في مسألة الحجارة أن الأصح
 وجوبها بعد القبض وعدم وجوبها قبله ، وقد تقدم عن الغزالي
 والجرجاني أنه الأصح عندهما في مسألتنا أيضا .

(قلت :) أما الغزالي فان الأصح عنده أن جناية البائع كالأجنبي ،
 فلا يرد عليه تصحيحه هنا الوجوب ، فان ذلك موافق ، وقد قدمنا عن
 الأكثرين في مسألتنا أن الأصح عدم الوجوب ، وكذلك تقدم عن الشيخ
 أبى محمد في مسألة الحجارة .

(وأما) ما تقدم عن الأكثرين في مسألة الحجارة من تصحيح الوجوب بعد القبض دون ما قبله ، فالفرق بينها وبين مسألتنا هذه أنه هنا إذا رضى بالزرع يلزمه ابقاؤه الى أوان الحصاد فالرضا بالزرع رضا بالابقاء الذي هو من لوازمه ، وكذلك لا تجب الأجرة .

(وأما) الحجارة فإنه إذا رضى بها لا يلزمه ابقاؤها ، بل يجبر البائع على قلعها ، لكن لك أن تقول : أن مدة القلع أيضا قد رضى بها كما أن مدة قلع الزرع عند أوانه داخلة تحت رضاه ، وإن كان القلع في ذلك الوقت واجبا فكان ينبغي أن لا تجب لها أجرة الا إذا زاد وأخر البائع ، فحينئذ تجب ، والله أعلم .

(تنبيه) ما حكيت في مأخذ وجوب الأجرة من أن المنافع متميزة عن المعقود عليه كذلك قال الامام والغزالي ، وهو يقتضى أن البائع إذا انتفع بالعين المباعة قبل القبض تجب عليه الأجرة من غير تخريج ، على أن جانيته كجناية الأجنبي أولا ، والذي ذكره الرافعي هو طريقة التخريج خاصة ، وما ذكره هنا يقتضى طريقة أخرى ، كما أثرت اليه ، وهي ظاهرة فإن جناية البائع والكلام فيها محله إذا ورد على المعقود عليه أو على بعضه من جزء أو صفة (أما) المنافع فللتردد في إلحاقها بجزء المبيع أو صفته بحال ظاهر فإن ثبت ذلك فيكون في استعمال البائع المبيع طريقان (أحدهما) وجوب الأجرة (والثاني) تخريجها على جانيته . والله أعلم .

(فرع) وهو الكلام الثاني تقدم أن الامام جعل محل الخلاف في وجوب الأجرة في حالة الجهل (أما) في حالة العلم فلا تجب قطعا : وكذلك تقدم في الخيار أنه لا يثبت الا في حالة الجهل (أما) في حالة العلم فلا ، قال ابن الرفعة : وهو ظاهر إذا لم يطرأ أمر يقتضى تأخر الزرع عن وقت حصاده المعتاد فإن التيقية إنما وطن المشتري نفسه عليها الى ذلك الوقت (أما) إذا تأخر عن الوقت المعتاد فقد يقال : أنه يثبت له الخيار ، ويكون إذا أجاز في استحقاقه الأجرة الخلاف السالف ، وأصل ذلك أنه إذا علم عيبا بالمبيع وأقدم عليه فلا خيار ، فلو زاد ثبت الخيار على المشهور ، ثم قال : وإطلاق الشافعي رضى الله عنه يقتضى تركه الى الحصاد ، سواء تأخر عن

وقته المعتاد أم لم يتأخر ، ومراده بالحصاد أول أوقاته لا حقيقة الحصاد .

(فرع) ما تقدم من وجوب الابقاء الى أوان الحصاد محله عند الاطلاق أو اشتراط التبقية اليه فلو شرط البائع قلع الزرع وتفريغ الأرض ، قال ابن الرقعة هنا : ففي وجوب البقاء بهذا الشرط تردد ، حكاه عن الأصحاب في أواخر كتاب الصلح ، ووجه وجوب الوفاء ظاهر (وأما) وجه عدم الوجوب (١) .

(فرع) يشترط في بيع الأرض المزروعة تقدم الرؤية على العقد . فان موضع منابت الزرع غير مرئى حالة العقد يدل على ذلك كلام الشافعى والأصحاب منهم الماوردى وغيره فانه قيل في الفرع المتقدم أن يكون رآها قبل ذلك . قال المتولى : اذا أدرك الزرع فعليه الحصد والنقل الى مكان آخر فان أراد أن يدرس الزرع في تلك الأرض وينقيه لم يكن له ذلك الا بالرضا . وان كان تلحقه بالنقل الى مكان مشقة ، والله أعلم .

(فرع) اذا شرط دخول الزرع في البيع — فان كان بقلا أو قمحيا ، لم يبلغ أوان الحصاد — قال الماوردى والمحاملى وغيرهما من المتقدمين والمتأخرين : صح البيع في الأرض والزرع ، ولا يلزم في الزرع شرط القطع ، لأنه دخل في العقد تبعا للأرض وصار كالثمرة التى لم يبد صلاحها اذا بيعت مع محلها ، وستأتى هذه المسألة في الثمار ، وفيها بحث ، وان كان الزرع قد اشدت واستحصد فان كان مشاهد الحب كالشعير فالبيع صحيح في الأرض والزرع ، وان كان غير مشاهد كالحنطة والعدس ففي بيعه مفردا قولان ، فان جوزنا فبيعه مع الأرض أولى ، وان منعنا ففي بيعه تبعا للأرض وجهان (أحدهما) يجوز كأساس البنيان (والثانى) لا ، لأنه مقصود ، فاذا بطل ففي بطلانه في الأرض قول واحد للجهل بالحصة من اختلاف أصحابنا في تعليل تفريق الصفقة .

(فرع) اذا اشترى أرضا رآها قبل البيع ، ولم يرها حين

(١) بياض بالأصل ويمكن ان يكون السقط هكذا فلا دليل عليه ، والله أعلم .
(المطيمى)

البيع . فوجد فيها زرعاً ثبت له الخيار ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه وبعض الأصحاب ، وقد تقدم .

(تنبيه) مراد المصنف بالأرض المزروعة بزراع يحصد مرة واحدة ، كالحنطة والشعير ، فهي محل الخلاف في صحة بيعها ، أما المزروعة بزراع يحصد مرة بعد أخرى كالبقول فالعقد صحيح قولاً واحداً ، قاله صاحب التتمة ، وهو ظاهر ، لأنها كالشجر فينبغي أن ينبت لذلك لئلا يظن أن ذكر المصنف لها بعد تقدم القسمين مقتضى لشمول الخلاف ، والله أعلم .

(فائدة) قوله : حتى يحصد يقال : أحصد الزرع أي بلغ أو ان الحصاد ، فقال ابن داود في قول الشافعي : وإن كان فيها زرع فهو للبائع حتى يحصد بكسر الصاد . وقال : أنه أفصح وأصح في المعنى من فتحها لأنه إذا بلغ أو ان الحصاد جذ على حصده ، وما ذكره من كلام الشافعي ظاهر ، وأما قول المصنف هنا : والحكم ببقاء ملك البائع مستمر إلى وجود الحصاد ، فيصح أن يقال : — بضم الياء وفتح الصاد — ويصح — بفتح الياء وكسر الصاد — أي حين يحصد البائع الزرع . ولا يصح حتى يحصد — بضم الياء وكسر الصاد — هنا : أي حتى يبلغ أو ان الحصاد لأن يده لا تزول بذلك ، فالإدراك مستحقة للبائع إلى احصاد الزرع ، ويد البائع ثابتة إلى الحصاد ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن باع أرضاً فيها بذر لم يدخل البذر في البيع . لأنه مودع في الأرض فلم يدخل في بيعها كالركاز ، فإن باع الأرض مع البذر ففيه وجهان (أحدهما) أنه يصح تبعاً للأرض (والثاني) لا يصح وهو المذهب ، لأنه لا يجوز بيعه منفرداً فلم يجز بيعه مع الأرض) .

(الشرح) فصل الأصحاب في البذر مثل التفصيل المذكور في النبات ، فقالوا : البذر الذي لا تفاوت لنباته ، ويوجد دفعة واحدة لا يدخل في بيع الأرض . ويبقى إلى أو ان الحصاد . وللمشتري الخيار أن كان جاهلاً به ، فإن أجاز أخذ الأرض بجميع الثمن ، لأن النقص الذي في الأرض بترك الزرع إلى الحصاد لا يقسط عليه الثمن ،

فان تركه البائع له سقط خياره ، وعليه القبول . ولو قال : آخذته وأفرغ الأرض سقط خياره أيضا ان أمكن ذلك . وفعله في زمن يسير على وجه لا يفوت عليه الأرض ، وان اشترها وهو عالم بالبذر فلا خيار له ، وعليه تركه الى أوان الحصاد والبذر الذى يدوم نباته كئوى النخل والجوز واللوز وبذر الكراث والرطوبة ونحوه من البقول ، حكمه في الدخول تحت بيع الأرض حكم الأشجار .

هكذا ذكر هذا التفصيل المأوردى والقاضى أبو الطيب والرويانى والرافعى رحمهم الله وغيرهم . واذا علمت أن البذر الذى يدور حكمه حكم الشجر (فان قلنا :) الشجر لا يدخل صار حكمه حكم بذر الزرع في ثبوت الخيار وعدمه بالنسبة الى حالة الجهل والعلم (وان قلنا :) انه يدخل على المذهب — فان كان عالما فلا خيار . وان كان جاهلا فان لم يكن قلعه مضرا بالأرض فلا خيار . وان كان مضرا أو يمضى فيه مدة فان كانت الأرض تملك بعد ذلك بحيث يكون غرسها نقصا فيها فينبغى أن يثبت للمشتري الخيار ، ولم أر في ذلك نقلا ، والله أعلم .

هذا اذا باع الأرض وأطلق . أما اذا باع الأرض مع البذر — فان كان من البذر الذى حكمنا بدخوله في البيع — قال صاحب التتمة : كان تأكيدا . ولك أن تقول : ينبغى أن يكون كما لو قال : بعثك الجارية وحملها . وان كان من البذر الذى لا يدخل وهو الذى تكلم فيه المصنف ففيه وجهان (أحدهما) يصح تبعا للحمل ، وادعى هذا القائل أن الشافعى رضى الله عنه نص على ذلك في كتاب التفليس ، فقال : لو باع زراعا مع أرض خرج أو لم يخرج (والثانى) وهو الصحيح المشهور من المذهب أن البيع لا يصح في البذر للجهالة ولأنه مقصود في نفسه فلم يجز بيعه مع الأرض كالركاز ، ويخالف الحمل فانه يتبع الأم في البيع المطلق . وهؤلاء أولوا نصه في التفليس على أن المراد خرج السنبل أو لم يخرج . فعلى هذا اذا بطل البيع في البذر ففي بطلانه في الأرض طريقتان :

(أحدهما) أنه على قولى تفريق الصفقة . وهو الذى يقتضى إيراد المأوردى ترجيحها ، وجزم بها القاضى حسين والفارقى تلميذ المصنف وغيرهما ، وهذا انما يكون على قولنا بأنه يختار بجميع الثمن .

(والطريقة الثانية) القطع ببطلان بيع الأرض : ويقتضى إيراد
المقاضي أبى الطيب ترجيحها وهى المذهب عند الرويانى ، وهى مقتضى
المذهب فى أنه يختار بالقسط ، وجعل الرويانى محل الخلاف اذا لم
يجعل جنسه وصفته ، فان جهلها لم يجز قولاً واحداً ، وهذا منه
بناء على الطريقة المشهورة فى بيع الغائب ، وفيه وجه أنه يجرى مع
الجهل ، وذلك معروف فى موضعه ، فعلة الخلاف هنا مطلقاً على أن
أبا الفتوح العجلي أفاد أن الوجه القائل بالصحة هنا ، وان منعنا
بيع الغائب فيكون محل الخلاف تقريباً على بيع الغائب (أما) على
تجويز بيع الغائب قال : فلا يبعد الحكم بصحة البيع .

(قلت :) ولا بد فيه من ملاحظة التبعية ، فانه لو باع البذر
وحده وهو مستتر فلا شك أنه يمتنع من منع بيع الغائب ، وكذا بعض
من أجازة ، وانما قلت ذلك لأنهم لما تكلموا فى بيع الثمار المستترة
والحنطة فى سنبليها ونحو ذلك قال الامام : ان المنع فيها مفروع
على منع بيع الغائب (أما) اذا جوزناه فانه يصح ، وحمل الرافعى
كلام الوجيز على موافقته ، لكن الغزالى فى الفتاوى فى السؤال
التاسع والعشرين فى بيع السلجم والجزر فى الأرض ، قال : انه
ان قضى ببطلان بيع الغائب فلا شك فى البطلان ، وان قضى بصحة
بيع الغائب اتجه ظاهراً بإبطال هذا لأن تسليمه لا يمكن الا بتقليب
الأرض ، وهو تغيير لعين المبيع فيضاهى بيع الجلد قبل السليخ
ليسلم بالسليخ وكذلك صاحب التهذيب وعلل بأن بيع الغائب يمكن رد
المبيع بعد الرؤية بصفته ، وههنا لا يمكن .

واذا علمت ذلك علمت أن اطلاق المصنف مراده منه البذر الذى
لا نبات لأصله ، وكذلك الشافعى رضى الله عنه فى الأم أطلق كما فعل
المصنف ومراده ذلك ، فان كان البذر مما يصرم فصرمه البائع كان
للمشتري أصله ولم يكن للبائع قلعه ولا قطعه ، وان عجل البائع
فقلعه قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يزرعه ليستخلفه ، نص عليه الشافعى
رحمه الله وقد تقدم فى أول الباب بحث فى الغراس الذى يشترط ،
وهو يعود ههنا فى البذر الذى وضع لذلك ، ولم يقصد به الدوام
فى محله ، والله أعلم . ولو باع البذر وحده جزم صاحب التتمة
بالبطلان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع لم يكلف قطع الثمرة الى أوان الجذاذ فان كان مما يقطع بسرا كالبسرا^(١) الجيسواني والقرشي لم يكلف قطعه الى أن يصير بسرا ، وان كان مما لا يقطع الا رطباً لم يكلف قطعه الى أن يصير رطباً ، لأن نقل المبيع على حسب العادة ، ولهذا اذا اشترى بالليل متاعاً لم يكلف نقله حتى يصبح ، وان اشتراه في المطر لم يكلف نقله حتى يسكن المطر ، والعادة في قطع الثمار ما ذكرناه فلا يكلف القطع قبله) .

(الشرح) الأصل المراد به الشجرة والجذاذ — بكسر الجيم وفتحها — حكاهما ابن قتيبة . وأوان الجذاذ — بكسر الجيم — زمان حرم النخل اذا يبس ثمرها ، والجذاذ القطع يقال الجذاذ والمصرام في النخل ، والقطف في الكرم ، واللقاط فيما يتناثر كالخوخ والكمثرى وغيره ، فيلتقط والجيسوان — بكسر الجيم وياء تحتها نقطتان وآخره نون — من غير اضافة ، قال ابن باطيش وابن التودي : جنس من البسر أسود اللون ، والقرش — بضم القاف وفتح الراء وشين معجمة — قال ابن باطيش : هو الأحمر ، قال صاحب البيان : لا يقطع الا بسرا .

(أما الأحكام) فقال الشافعي والأصحاب : اذا اشترى نخلاً وعليه ثمرة للبائع أو كرسفاً وعليه قطن للبائع أو شجراً وعليه ثمرة أو ورداً أو رد للبائع أرضاً وفيها زرع للبائع ، لم يجبر على قطع الثمرة ، والورد والزرع الى أوان الجذاذ والحصاد الى الوقت الذي جرت العادة بتبقيتها ، فان كان غيباً فعليه تبقيته الى أن يسود وتدور الحلاوة فيه ، ويقطع في العادة (فأما) اذا عقد وحصل فيه قليل حلاوة فليس له مطالبة البائع بقطعه في تلك الحال وان كان رطباً فعليه تبقيته الى أن يرطب ويتكامل نضجه ثم يقطع .

وان كان بسراً فما جرت العادة بقطعه بسراً طوّل بقطعه بسراً بعد نضجه واستكماله ، ثم بعد ذلك ليس له أن يتركه على الشجر والنخل حتى يتكامل ويستحكم ، لكون ذلك أصح له فيأخذه شيئاً فشيئاً ،

(١) في نسخة المذهب المطبوعة بالحاء المهملة (ط) .

كما اذا باع دارا فيها متاع هي حرز له ، لم يجب على المشتري تركه . ولا يجب على المشتري السقى لأجل ثمرة البائع ، وانما عليه تركها والبائع يسقى . وحكم جميع الثمار في ذلك حكم ثمرة النخيل ، لا خلاف في ذلك ، قال نصر المقدسى رحمه الله في الكافي . وكذلك الورد يعنى يترك الى أوان أخذه ، ووافقنا على أنه لا يجب على البائع القطع ، ويجوز له التبقية الى أوان الجذاذ مالك وأحمد ، وقال أبو حنيفة : يجبر عليه عند مطالبة المشتري بذلك في الحال . دليلنا ما ذكره المصنف .

وهكذا لو زرع المشتري الأرض فاستحقها الشفيع لم يجبر المشتري على قطع الزرع ونقله حتى يبلغ أوان الحصاد ، لأنه وقت العادة في نقله (فان قيل :) ينقضى بمن جذ ثمرة وتركها في الأرض تشمسها ثم باع الأرض ، فانه يلزمه نقلها قبل جفافها وان كانت العادة نقلها بعد جفافها (قلنا) لا عادة لذلك في أرض بعينها بل يمكن تجفيفها في غيرها كما نقول في الزرع : لا يجب نقله وهو في الأرض ، ولو حصده وتركه في الأرض ثم باعها وجب نقله ، وقول المصنف : لأن نقل المبيع على حسب العادة ، جواب عن قول الحنفية : ان من باع شيئاً كان عليه تسليمه ورفع يده عنه ، وان ابقاء الثمرة بعد البيع انتفاع بالنخل ، وأجاب الأصحاب بما ذكره المصنف من أن ذلك انما يجب على العادة ولهذا اذا اشترى دارا مملوءة طعاما انما يلزم البائع نقله على العادة ، ولا يلزمه أن يجمع الآن كل حمال في البلد ، وينقل الطعام عنها ، وأجابوا عن كون ذلك انتفاعا بالنخل وانه يشبه استثناء المنفعة بأن استثناء المنفعة انما يبطل اذا وقع بالشرط ، أما ما وقع بنفس العقد عرفا فلا ، بدليل الأمة المزوجة .

(فرع) قال الماوردى : انه انما يستحق الابقاء اذا بقيت الثمرة للبائع بالتأخير ، أما اذا صارت له بالشرط والاستثناء قبل التأخير فعلى البائع قطعها في الحال ، لأن الاستثناء انما يصح على شرط القطع ، وهذا الذى قاله الماوردى انما يستقيم اذا شرطنا القطع في الاستثناء ، وقد تقدم أن الأصح خلافه ، وأيد بعضهم ما قاله الماوردى : ان استثناء المنفعة بالشرط مبطل بخلافه بالشرع ، وهذا التأييد ضعيف ، لأن الشرط هنا انما اقتضى بقاء الثمرة للبائع فصار

كما لو باع أرضا واستثنى البناء الذى فيها كان له ابقاؤه بالشرع ،
ولا نقول : ان هذا استثناء للمنفعة ، والله أعلم •

(فرع) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : فاذا
حصد الزرع فإن بقى له أصول لا تضر بالأرض ، كأصول الحنطة
والشعير : لم يلزمه نقلها • لأن لا ضرر على المشتري فى تركها وان
كانت تضر بالأرض كعروق الذرة والقطن لزمه نقلها من الأرض ونقل
الرويانى عن بعض الأصحاب الوجوب مطلقا ، والصحيح الأول فإذا
نقلها فإن حصل فى الأرض بنقلها حفر لزمه تسويتها ، كما لو كان
فى الأرض حجارة مدفونة فنقلها ويخالف من غصب فصيلا وأدخله
دارا ثم كبر الفصيل فإن تسوية الباب لا تجب على صاحب الفصيل لأن
الغاصب متعمد والمشتري ليس بمتعمد • وهكذا لو كان فى الدار المبيعة
حب لا يمكن اخراجه الا بأن يوسع الباب بنقص شئ من الحائط •
فإن له ذلك ويضمن قيمة ما نقص •

قال القاضى أبو الطيب : ويحتمل أن يقال : يلزمه بناؤه كما يلزمه
تسوية الأرض هنا • وقد صرح المحاملى فى المجموع بأنه يجب
عليه بناء ذلك • ورده الى حالته فيما اذا باع دارا وفيها قماش لا يخرج
الا بنقض الباب وهو الموافق لطريقة العراقيين فإنهم يختارون وجوب
اعادة الجدار • قال المحاملى هنا : كل من حصل ملكه فى ملك غيره
واحتيج فى تخليصه الى مؤنة فإن كان حصل ذلك بغير تفريط من صاحب
الملك فالمؤنة على من يتخلص ملكه • مثل مسألة الحب والخاية
والصندوق فى الدار • وإن كان بتفريط من صاحب الملك • مثل أن
يغصب رجل رجلا على حب • فلم يخرج من الباب • أو على عجل
صغير فكبر فلم يتمكن من اخراجه الا بهدم الباب فإن الباب يهدم
ولا يلزم صاحب المتاع بناؤه ومن فسروا هذه القاعدة : اذا هربت
دابته فدخلت دار رجل ولا يمكن اخراجها الا بنقض شئ من الدار •
بغرم النقص صاحب الدابة قال الرويانى : واذا وقع دينار فى محبرة
ولا يخرج الا بكسرها كسرت ويجب ضمانها على صاحب الدينار
نقله الرويانى عن بعض الأصحاب •

(فرع) لو أصابت الثمار آفة • وصارت بحيث لا تنمو •
فهل للبائع تبقيتها ولا فائدة له فى تبقيتها ؟ أم للمشتري اجباره على

قطعها ؟ قال الامام : ذكر صاحب التقريب قولين ولم يصحح الرافعى والنووى شيئا منهما . وقال ابن الرفعة : ان الذى يقع فى النفس صحته قول الاجبار . لانه انكشف الحال عما لو قارن العقد لم يستحق التبقية لأجله . فانه لو باع الشجر بعد حصول الآفة بالثمار لم يستحق التبقية . قال : لكن نصه فى الأم على خلافه . ولو انقطع الماء فلا شئ على المشتري فيما أصيب به البائع . وكذلك ان أصابته جائحة . نص عليه الشافعى رضى الله عنه . نقله عنه أحمد بن بشرى .

(فرع) لا يمنع البائع من الدخول فى الحائط للسقى ، فان لم يأمنه المشتري ينصب الحاكم أمينا يسقيها ، والمؤنة على البائع قاله الخوارزمى ، وكلام الخوارزمى يدل على أن الشجرة لا تصير مسلمة حتى تفرغ من الثمرة ، قال : ولهذا لو باع سفينة فى البحر مملوءة بالأثقال لا يجرى تفريغها حتى تبلغ الشط ، ومراده بهذا أن التسليم يكون على العادة .

(فرع) ولا يستحق المشتري على البائع أجرة الأرض فى مدة اقامة الزرع فى الأرض لانه ملك الأرض مسلووبة المنفعة فى تلك المدة فلا يستحق لها أجرة .

(فرع) لو باع النخلة وعليها ثمرة مؤبرة بشرط القطع ، كلام الرافعى يصرح بالجواز وأنه يجب الوفاء بالشرط ، لكن الامام حكى فى باب الصلح فيما اذا باع أرضا مزروعة بشرط قطع الزرع ترددا فى وجوب الوفاء به ويجب بمقتضى ذلك طرد التردد المذكور فى الثمرة المؤبرة ، ولو قيل : انه لا يصح البيع بشرط قطعها لأن فيه تنقيص ماليتها لم يبعد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اصاب النخل عطش ، وخاف أن تشرب الثمرة الماء من اصل النخل فيهلك ففيه قولان) أحدهما (لا يكلف البائع قطع الثمرة ، لأن المشتري دخل فى العقد على أن يترك الثمار الى الجذاذ فلزمه تركه) والثانى (أنه يكلف قطعه ، لأن المشتري انما

رضى بذلك اذا لم يضر به ، فاذا أضر به لم يلزمه تركه ، فان احتاج أحدهما الى سقى ماله ولم يكن على الآخر ضرر جاز له أن يسقيه ، لأنه اصلاح لماله من غير اضرار بأحد فجاز ، وان كان على الآخر ضرر في السقى وتشاحا ففيه وجهان . قال أبو اسحاق : يفسخ العقد لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر في الاضرار فوجب أن يفسخ . وقال أبو على ابن أبي هريرة : يجبر الممتنع منهما لأنه حين دخل في العقد رضى بدخول الضرر عليه ، لأنه يعلم أنه لا بد من السقى ويجب أجرة السقى على من يسقى لأن منفعتيه تجمل له) .

(الشرح) تقدم أن الثمرة اذا بقيت للبائع لا يكلف قطعها الى أوان الجذاذ ، ومن ضرورة ذلك أن يمكن من سقيها ، فيلزم المشتري تمكينه ، وقد لا يسقى البائع فيحصل للمشتري الضرر ، وقد يحصل الضرر من السقى أيضا ، وذكر المصنف تفصيل ذلك في هذا الفصل في مسألتين (المسألة الأولى) اذا عطشت النخل وكان قد باعها وهى مؤبرة وأبقينا الثمار للبائع فعطشت النخل وانقطع الماء ، ولم يتمكن من سقيها ، وكان تركها على الأصول يضر بالأصول ولا يضر بالثمرة ، فان كان الضرر يسيرا أجبر المشتري عليه ، هكذا قاله القاضى أبو الطيب وغيره ، ونص عليه الشافعى رضى الله عنه في الأم ، وان كان كثيرا بأن كان يخاف على الأصول الجفاف أو نقصان حملها في المستقبل نقصانا كثيرا ، وعلى ذلك يجب حمل كلام المصنف ، ففيه قولان منصوصان في الأم في هذا الموضع ، وحكماهما الأصحاب كما حكاهما المصنف نقلا وتعليلا ، وعبارة الشافعى في الأم ففيها قولان ثم ذكر قول الاجبار ، ولم أره ذكر القول الآخر ، فتأملت كلامه الى آخره تأملا كثيرا . فلم أفهم الثانى منه . فلمله تركه اما لوضوحه أو لضعفه .

(والأصح من القولين) الثانى القائل بالاجبار . ومن صححه الرويانى وابن أبى عمرون والنووى ، ورجحه الرويانى بأن ضرر الأصول أكثر وجزم به الفورانى . ونقل الرافعى تصحيحه عن الكرخى : وصححه فى المحرر ، وقد ذكر الماوردى مسألة السقى وقسمها تقسيما حسنا ، وهى أن السقى اما أن يكون ممكنا أو متمذرا .

فان كان متمذرا فاما لاعواز الماء أو لفساد آله . فان كان لاعواز الماء سقط حكم السقى . ثم نزل الثمرة على أربعة أضرب (الأول) أن يكون يضر بالثمرة والنخل جميعا . فقطع الثمرة واجب . ولصاحب النخل اجباره . لأن تركها مضره للنخل بلا منفعة له (والثاني) أن لا يضر واحدا منهما فله ترك الثمرة الى أوان الجذاذ (الثالث) أن يضر بالثمرة دون النخل المثمرة فالخيار (الرابع) أن يضر بالنخل دون الثمرة فقولان . وهذا الضرب هو الذى ذكره المصنف .

وان كان تعذر السقى لفساد الآلة أو المجارى أو طم الآبار فأيهما لحته بتأخير السقى ضرر كان له اصلاح ما يوصله الى الماء . فان كان ذلك مضرا بالنخل وجب على المشتري النخل أن يزيل الضرر عن نخله ، ولا يجبر رب الثمرة على قطع ثمرته ، وان كان مضرا بالثمرة لزمه ذلك . أو يقطعها ، وان كان مضرا بهما جميعا لزم صاحب الثمرة الا أن يبادر الى قطع ثمرته فيسقط عنه (وأما) ان كان السقى ممكنا فله أربعة أضرب (أحدها) أن يكون نافعا لهما (والثاني) أن يكون ضارا لهما (والثالث والرابع) أن يكون ضارا لأحدهما دون الآخر ، وسنذكر ذلك مفصلا .

(المسألة الثانية) اذا احتاج أحدهما الى سقى ما له ، ولم يكن على الآخر ضرر ، جاز له أن يسقيه ، لما ذكره المصنف وفيها صورتان (احدهما) أن يكون المحتاج البائع (والثانية) أن يكون المحتاج المشتري ، وقول المصنف : ولم يكن على الآخر ضرر يشمل ما اذا كان له نفع ، وما اذا لم يكن ، والشيخ أبو حامد والماوردي ذكرا ما اذا كان لكل منهما نفع ، فقال الشيخ أبو حامد : لا يجبر الممتنع من السقى على السقى ، وللآخر أن يسقى ، والأجرة عليه ، وقال الماوردي : للبائع أن يسقى وعلى المشتري أن يمكنه ، ومؤنة السقى على البائع . لما فيه من صلاح ثمرته ، وان كان لنخل المشتري فيه صلاح ، الا أن الأغلب من حال السقى صلاح الثمرة والنخل تبع . فلو امتنع البائع من السقى لم يجبر ، وقيل للمشتري : ان أردت سقى نخلك فاسقه ولا نجبرك عليه .

وما قاله الماوردي موافق لما قاله الشيخ أبو حامد والمصنف :

وعبارة المصنف أشمل كما تقدم التنبيه عليه . والحكم واحد لا يختلف وإنما يختلف التصوير . فيجىء صور هذه المسألة باطلاق المصنف ثلاثا : أن ينتفع البائع ولا يتضرر المشتري ولا ينتفع أو ينتفع المشتري ولا يتضرر البائع ولا ينتفع . أو ينتفعا جميعا . وكلام هؤلاء الأئمة يقتضى أن البائع لا يجبر على السقى ، ومن جملة الأقسام التى أطلقوها . أما إذا كان السقى نافعا لهما وكان تركه ضارا بالمشتري لامتناع الثمار رطوبة الأشجار وقد جزم الامام فى هذه الصورة فى حال امكان السقى بأن البائع يجبر من جهة المشتري على أحد الأمرين : اما أن يسقى واما أن يقطع الثمار اذا كان يضر بقاؤها . وجعل محل القولين اللذين حكاهما المصنف أولا فيما اذا كان السقى متعذرا ووجه القول الأول القائل بأنه لا يكلف قطع الثمرة بأنها تنتفع بالتبقيّة وانما على البائع أن لا يترك مجهودا يقدر عليه . فان انقطع الماء فلا تقصير منه . وحق التبقيّة قائم له . وهذا الذى قاله الامام حسن يجب تنزيل كلامهم عليه . وقال الامام : ان القولين يشيران الى أن المراعى جانب البائع أو جانب المشتري ؟ قال : ولم يقع التعرض لاستواء الحقيين . يعنى كما يقوله أبو اسحاق فيما اذا لم يكن على الآخر ضرر كما سيأتى . قال : ولا بد من هذا الوجه . ثم موجب استواء الحقيين الفسخ ، والله أعلم .

وقول المصنف : جاز له أن يسقيه . وليس للاخر أن يمنعه ، فان منعه أجبر على تمكينه . وهذا مراد الرويانى بقوله اذا كان السقى ينفعهما فأيهما طلب أجبر الآخر عليه . لأنه لا فائدة من الانتفاع فيما ينفعه ولا يضره أى أجبر على التمكين منه . لا على أن يسقى ، والله أعلم .

(المسألة الثالثة) اذا احتاج أحدهما الى السقى وكان على الآخر ضرر . وفيها صورتان (أحدهما) أن يكون السقى يضر بالنخل وينفع الثمرة . فأراد البائع السقى فوجهان : قال أبو اسحاق يقال للمشتري : اسمح للبائع بالسقى . فان سمح فذاك . والا قلنا للبائع : اسمح بترك السقى . فان سمح فذاك وان أبى فسفنا العقد بينهما : وقال ابن أبى هريرة : يجبر المشتري على ذلك للبائع أن يسقى . والأجرة على البائع . وحكى الامام وجهها ثالثا بمراعاة جانب المشتري لأن البائع ألزم تسليم الشجرة على كمالها . قال :

وحقيقة الأوجه تؤول الى أن من أصحابنا من يرعى جانب المشتري ،
ومنهم من يرعى جانب البائع . وأبو اسحاق لا يقدم أحد الحقين على
الآخر .

(الصورة الثانية) أن يكون السقى يضر بالثمرة وينفع الشجرة .
فأراد المشتري السقى . قال أبو اسحاق : يقال للبائع ، اسمح في
أن يسقى المشتري . فان سمح فذاك ، والا قلت للمشتري : اسمح
في ترك البائع فان سمح فذاك وان أبى فسخنا البيع بينهما وقال
ابن أبي هريرة : أجبر البائع على ذلك وأوجب الأجرة على المشتري ،
لأنه على أن لا يضر بغيره وفيه الوجه الثالث الذى حكاه الامام ويكون
بيننا لمراعاة جانب البائع ، وفي كل من صورتين لو اتفقا على السقى
أو تركه جاز ، قاله صاحب البيان وغيره ، وقد يخص المصنف هاتين
الصورتين فيما ذكره وتبين بهذا التفصيل أن قوله : وتجب الأجرة
على من يسقى من كلام ابن أبي هريرة ، وأما مراده بمن يسقى
البائع في الصورة الأولى والمشتري في الصورة الثانية .

ويجوز أن يكون قوله : وتجب أجرة السقى على من يسقى
كلاما مبتدأ غير مختص بابن أبي هريرة ، يعنى حيث أوجبنا السقى فهو
على من ينتفع به . لا كمن باع ثمرة بعد بدو الصلاح ، فانه يسقى ،
والمنفعة للمشتري ، ويشمل ذلك ما اذا سقى البائع أو المشتري
أو هما جميعا فتجب الأجرة عليهما ، كما صرح به الرويانى وهو
الظاهر . والذى يسقى في صورتين هو المطالب الذى أجبرنا الممتنع
لأجله . ومعنى الاجبار اجباره على تمكين الآخر من السقى ، وقول
المصنف : لأن منفعة السقى تحصل له تعليل ظاهر في الطرفين ، وقد فهم
ابن الرفعة من كلام الماوردى في هذه الصورة الثانية ، وقوله : ان
لصاحب الثمرة منعه . فاذا منعه كان لصاحب النخل فسخ البيع ففهم
ابن الرفعة من ذلك قولاً آخر . قال : وبذلك يكمل أربعة أوجه .

(ثالثها) ان تراضيا على أحد الأمرين فذاك ، والا فسخه الحاكم .

(ورابعها) الأمر كذلك الا أن المتولى للفسخ البائع ان أراد ،
وقد بقى من هذه المسائل مسألة ذكرها الشيخ أبو حامد والماوردى
وغيرهما ، وتركها المصنف لوضوحها ، ولا خلاف فيها ، وهى اذا كان

السقى يضر بالثمرة والنخل جميعا كان لكل منهما منع الآخر لأنه يدخل الضرر على صاحبه بغير منفعة تعود اليه فهو سفه وتضييع .
قاله الرويانى : وهذا انما يتصور فى غير النخل .

(أما) النخل فينبغه السقى أبدا ، فلو قال صاحب الثمرة : أريد أن آخذ الماء الذى كنت أستحقه لسقى ثمرتى فأسقى به غيرها من الثمار أو الزروع لم يكن له ذلك ، وهكذا لو أخذ ثمرته قبل وقت جذاذها لم يكن له أن يأخذ الماء الذى كان يستحقه الى وقت الجذاذ ، لأنه انما يستحق من الماء ما فيه صلاح تلك الثمرة دون غيرها ، فقد كملت المسائل التى فى أحوال السقى ستا شمل كلام المصنف خمسا ، وترك واحدة . ومسائل ترك السقى سبعا ذكر المصنف منها فى آخر كلامه واحدة وترك ستا ، وكلها مندرجة فى كلام الماوردى ، والله أعلم .

(فائدة) قال الشيخ أبو حامد وغيره : قالوا : هلا قلتم فى هذه المسائل السقى على المشتري صاحب الشجرة كمن باع ثمرة منفردة عن الأصل بعد بدو صلاحها وعطشت ، حيث تجب أجرة السقى على صاحب الأصل . وفرق هو وغيره من الأصحاب بأنه فى مسألة البيع بعد بدو الصلاح يجب عليه تسليم الثمرة كاملة ، وذلك انما يكون بالسقى وههنا الواجب على البائع تسليم النخل ، وقد سلمها ولم يملك الثمرة من جهة المشتري ، فكان بخلافه ، قال ابن الرفعة : وحيث نقول باجبار المشتري فلا خيار له . أى فى حال انتفاع الثمرة بالسقى .

(فرع) حيث جعلنا للبائع السقى ، قال الشافعى والأصحاب : وانما له أن يسقى القدر الذى فيه صلاحه ، وليس له أن يسقى أكثر من المعهود بحيث يتضرر به صاحب النخل ، فانه كما يحصل الضرر بالعطش المفرط يحصل بالرى المفرط . فان اختلفا فى ذلك فقال المشتري : فى كل عشرة أيام سقية . وقال البائع : فى كل خمسة أيام سقية : فالمرجع فى ذلك الى أهل الخبرة فما احتاج اليه أجبر الآخر عليه . ولو قال أهل الخبرة : ان الثمرة لا تفسد بترك السقى . بل تسلم الثمرة من غير سقى غير أنها لو سقيت لظهرت زيادة عظيمة ،

والشجر يتضرر بها ، قال الامام : فهذا فيه احتمال عندى ، يجوز أن يقال : يمنع البائع . فان الزيادات لا تنضب : فالمرعى الاقتصاد . ويجوز أن يقال : أن يسقى لمكان الزيادة على مذهب من يراعى جانبه . وهذا بين أن محل الخلاف المتقدم عن أبى اسحاق وابن أبى هريرة إذا كان السقى يضر أحدهما فعلة ويضر الآخر تركه وفى هذه المسألة لم يتعارض ضرران ، وانما ضرر وزيادة نفع ، والذي ينبغي ترجيح اجتناب الضرر ومنع البائع من السقى . والله أعلم .

وأطلق الرافعى احتمال الامام متى كان السقى يضر بواحد ، وتركه يمنع حصول زيادة للآخر ، وذلك يشمل الصورة المذكورة وعكسها فى كل منهما ، هل يلحق ذلك بتقابل الضرر ؟ فيه احتمالان ، ولم أرهما فى النهاية الا فى الحالة الواحدة ، وجعل الغزالي الاحتمالين المذكورين وجهين ، والمراد أنه على أحد الاحتمالين يأتى الخلاف السابق بين أبى اسحاق وابن أبى هريرة ، وعلى الاحتمال الآخر يتعين السقى ، والله أعلم .

(فرع) القولان اللذان أطلقهما المصنف ، هل محلها فيما إذا كان السقى متعذرا أو مطلقا ؟ كلام الغزالي والامام يقتضى الأول وجزم فى حالة الامكان بوجوب السقى أو القطع على البائع ، وكلام الشافعى يقتضى الثانى ، لكنه فى حالة انقطاع الماء المعد لذلك وامكان غيره ، ورأى ابن الرفعة كذلك تنزيل القولين على حالة امكان السقى من غير الماء المتداد ، وتنزيل الجزم بوجوب أحد الأمرين على ما إذا كان السقى ممكنا بالماء المعد لذلك . واستنبطه من كلام الشافعى : وقوله : أخذ صاحبه بقطعه الا أن يسقيه متطوعا ، أخذ من ذلك أن الواجب عند امكان السقى انقطع عينا ، وله أن يسقطه بالسقى الا أن الواجب أحد الأمرين : كما يقول ذلك فى المولى ، فان لم يمكن السقى بحالة من الأحوال تعين وجوب القطع ، لأنه لا مسقط له . ولا جرم كان هو الأصح عند الكرخى وغيره . وقال النووى : ان هذين القولين فيما إذا كان للبائع نفع فى ترك الثمرة ، فان لم يكن وجب القطع قولاً واحداً ، كذا قاله الامام وصاحب التهذيب .

(فرع) ظاهر كلام الأصحاب أنه يجب السقى بالماء الذى جرت العادة أن يسقى منه تلك الأشجار . ولو كان ملك المشتري بأن كان من بئر دخلت فى العقد . وقلنا بأنه يملك ماءها كما هو المذهب ، ولما كان استحقاق البائع لذلك من جهة الشرع اغتفر ، بخلاف ما لو شرط لنفسه انتفاعا بملك المشتري حيث يفسد العقد ، قال ابن الرفعة : لكن هذا يقتضى عدم استحقاق السقى اذا كانت الثمرة غير مؤبرة وشرطها البائع لنفسه فلي تأمل .

(قلت :) لا يقتضى ذلك فان شرطه الثمرة غير المؤبرة لنفسه يصيرها بمنزلة الثمرة المؤبرة ، وحينئذ يكون وجوب السقى بالشرع وجوب الابقاء ، وليس ذلك ، كما اذا شرط الانتفاع بملك المشتري ومن كون السقى واجبا من الماء المعتاد وان كان ملك المشتري يستفاد معنى قول المصنف تجب أجرة السقى على من يسقى ، ولم يقل : تجب مؤنة السقى ، لأن الماء من جملة المؤنة ، وهو على المشتري وفى الصورة المذكورة وانما يجب على من يسقى بها الأجرة فى نقله . وما أشبهه ، نعم تجب عليه أيضا الآلات التى يستقى بها المشتري انما يلزم التمهكين من الماء خاصة ، والله أعلم .

(فرع) أما الأرجح من هذه الأوجه صحح الراعى قول الفسخ كما هو قول أبى اسحاق . وصحح الغزالى فى الوسيط مراعاة جانب المشتري والذى يقتضيه اطلاق نص الشافعى يشهد لما قاله ابن أبى هريرة فانه قال : واذا كان لا يصلحها الا السقى فعلى المشتري تخلية البائع . وما يكفى من السقى فهذا فى هذه الصورة موافق لابن أبى هريرة فى اجبار المشتري ، فيحتمل أن يكون فى عكسها يجبر البائع كما يقوله ابن أبى هريرة وهو الأقرب . ويحتمل أن يكون يقول بمراعاة جانب البائع مطلقا . وقال ابن الرفعة : ان ظاهر النص على ما صححه فى الوجيز .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(لا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع . لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم

« نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها » وروى ابن عمر رضى الله عنه أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع ثمرة النخل حتى تزهى والسنبل والزرع حتى يبيض ويأمن العاهة » ولأن المبيع إنما ينقل على حسب المادة • ولهذا لو اشترى بالليل متاعا لم يكلف نقله حتى يصبح • والعادة في الثمار تركها إلى أوان الجذاذ ، فإن باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن أن يصيبها عاهة فتتلف ، وذلك غرر من غير حاجة ، فلم يجز ، وإن باعها بشرط القطع جاز ، لأنه يأخذ قبل أن يتلف فيأمن من الغرر ، وإن باع الثمرة مع الأصل والزرع مع الأرض قبل بدو الصلاح جاز ، لأن حكم الغرر يسقط مع الأصل ، كالغرر في الحمل يسقط حكمه إذا بيع مع الأصل وإن باع الثمرة ممن يملك الأصل أو الزرع ممن يملك الأرض ففيه وجهان (أحدهما) يصح ، لأنه يحصل لمالك الأصل ، فجاز كما لو باعها مع الشجرة والأرض (والثاني) لا يصح ، لأنه أفردته بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع ، فأنشبه إذا باعها من غير مالك الأصل •

(الشرح) حديث ابن عمر رضى الله عنهما الأول رواه بلفظه المذكور البخارى ومسلم ، ولفظ مسلم : الثمرة ، وفي الصحيحين أيضا من رواية ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها » زاد مسلم : « وتذهب عنه الآفة » (وأما) حديث ابن عمر الثانى فرواه مسلم ، ولفظه : « عن بيع النخل حتى يزهو » وعن انس بن مالك حتى يبيض ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري « وفي رواية الشافعى في حديث ابن عمر قال الراوى : « فقلت لعبد الله : متى ذلك ؟ قال : طلوع الثريا » وقد وردت أحاديث في الصحيحين وفي غيرهما في المنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح (منها) حديث ابن عمر المذكور (ومنها) عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو » ، قال الراوى : « فقلنا لأنس : ما زهرها ؟ قال : تحمر وتصفّر » ، قال : « رأيت إذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه ؟ » رواه البخارى ومسلم •

وقد كثر الزهو في الحديث يقال : زها النخل يزهو ، قال الخطابى :

هكذا روى في الحديث يزهو ، والصواب في العربية يزهى وقال غيره : ليس هذا القول منه عند كل أحد ، فان اللغتين قد جاءا عند بعضهم . ومنهم من قال : زها النخل اذا طال واكتهل ، وهذا القول مخالف لما جاء في الحديث من تفسير أنس العارف بالعربية ، ولمعنى الحديث ، وقد ورد في بعض روايات الشافعى لهذا الحديث : « قيل : يا رسول الله .. وما تزهى ، قال : حتى تحمر » والزهو — بفتح الزاى — وذكر ابن معين أن أهل الحجاز يضمنون الزاى وهو غريب ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها ، ولا تتبايعوا الثمر بالثمر » رواه مسلم ، وقوله : يبدو أى يظهر ، يقال : بدا يبدو مثل دعا يدعو ، فأما بدأ يبدأ — بالهمز — فمن الابتداء وعن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى أن تباع الثمرة حتى يشقق ، قيل : وما يشقق ؟ قال : تحمار وتصفار ويؤكل منها » رواه البخارى ومسلم رحمهما الله تعالى ، وقوله يشقق — بضم الياء المثناة من تحت واسكان الشين المعجمة وبعد القاف حاء مهملة — ويروى — بفتح الشين وتشديد القاف — يقال : أشقق وشقق ، وروى يشقه بابدال الحاء هاء ، وقد فسره في الحديث قال : والاشقاق أن يحمر أو يصفر ، وفي رواية النسائى في هذا الحديث : حتى يطعم ، وفي رواية لمسلم : حتى يطيب . وعن ابن عباس قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل . وحتى يوزن ، قال : فقلت : ما يوزن ؟ فقال رجل عنده : حتى يحرز » رواه البخارى ومسلم .

وعن أنس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد » رواه أبو داود والترمذى . والحب الطعام ، واشتداده قوته وصلابته .

فهذه أحاديث من رواية خمسة من الصحابة تمنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح ، وعن عمرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرسلا أنه « نهى عن بيع الثمار حتى تتجو من العاهة » رواه مالك في الموطأ . وألفاظ هذه الأحاديث مختلفة ، ومعانيها متفقة . قال العلماء : اما أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم قالها في أوقات مختلفة ونقل كل واحد

من الرواة ما سمع وأما أن يكون قال لفظاً في وقت ونقله الرواة بالمعنى .
وعن زيد بن ثابت قال : « كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
يتبايعون الثمار ، فإذا جذا الناس وحضر تقاضيههم قال المبتاع : انه أصاب
النثر الذمان أصابه مراض أصابه قشام — عاهات يحتجون بها — فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كثرت عنده الخصومة في ذلك :
« اما لا فلا تبائعوا حتى يبدو صلاح الثمرة » كالمشورة يشير بها لكثرة
خصومتهم » رواه البخارى • الذمان — بفتح الدال وتخفيف الميم —
عفن يصيب النخل فينشق أول ما يبدو من عفن وسواد ، والمراد
— بضم الميم — داء يقع في الثمرة فتهلك ، والقشام — بضم القاف
والشين المعجمة — أن ينتقص ثمر النخل قبل أن يصير بلحا •

(وقوله :) اما لا ، أى ان لم تفعلوا هذا ، فليكن هذا ، وأصلها
ان الشرطية زيدت عليها ما وأدغمت فيها ، وأدخلت على لا النافية ، وقد
يقال : ان حديث زيد هذا يدل على أن النهى في الأحاديث المتقدمة
ليس على سبيل التحريم ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « اما لا » ، ولقول
الراوى : كالمشورة لهم ، فان ذلك يدل على أنه ليس بمتحتم ، والتمسك
على ذلك بقول الراوى كالمشورة ليس بالقوى ، فان كل أوامره صلى
الله عليه وسلم ونواهيهم لمصالحهم الأخروية والدينية ، وأما التمسك
بقوله : اما لا ، فلائنه يقضى أن النهى معلق على شرط وهو الذى نقدره
والذى يليق بهذا الموضع أن يكون .التقدير ان لا تراجعوا عن الخصومة
أو ما فى معنى ذلك ، فذلك وان كانت صورته صورة التعليق فليس
المراد منه التعليق ، فان رجوعهم عن الخصومة فى المستقبل فى حق كل
أحد لا يعلم ولا يمكن أن يبقى الحكم موقوفاً على ذلك ، فالمراد
— والله أعلم — أنشأ النهى لأجل ذلك ، وكأنه استعمل بمعنى اذ
التي تستعمل للتعليل ومما يرشد الى أن النهى حتم قوله : نهى البائع
والمشتري ، فانه تأكيد للمنع وان كان لمصلحة المشتري •

وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث :
وقال أبو الفتح القشيري : أكثر الأمة على أن هذا النهى نهى تحريم ،
وقوله فى حديث أنس : « أرأيت ان منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ
أحدكم مال أخيه ؟ » وقد ورد فى بعض الروايات الصحيحة بيان أنه

من كلامه صلى الله عليه وسلم وذلك من طريق مالك رحمه الله والدر اوردي .
 وخالفهما سفيان الثوري واسماعيل بن جعفر عن حميد ، فجعله
 من كلام أنس ، واتقان مالك رحمه الله وضبطه مع كونه لا تنافي بينه
 وبين ما رواه سفيان يقتضي الحكم بكون ذلك من كلام النبي صلى الله
 عليه وسلم ويكون أنس قاله من كلامه لم يأت فيه بالرفع ، وأن
 عنده عن النبي صلى الله عليه وسلم فروى عنه كذلك على الوجهين ،
 ويثبت كونه عن النبي صلى الله عليه وسلم وقد زعم بعض شارحي
 التتبيه أن الشافعي رضى الله عنه انفرد عن جمهور المحدثين برفعه
 وليس كذلك ، فقد رواه جماعة عن مالك غير الشافعي ورواه مع مالك
 عن حميد الدراوردي كما رأيت ، والله أعلم .

(أما الأحكام) فقد قسم الشافعي والأصحاب بيع الثمرة الى
 قسمين :

(القسم الأول) أن يبيعها قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين
 (الأول) أن تباع مفردة عن الأشجار وذلك على قسمين (الأول)
 أن تكون الأشجار للبائع أو لغير المتعاقدين ، فبيع الثمرة حينئذ على
 ثلاثة أقسام ، وهذا التقسيم أحسن ، وإن شئت تقول — وهو أقرب
 الى كلام المصنف : أن بيع الثمرة على قسمين (الأول) أن يبيعها
 قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين (الأول) أن تباع من غير مالك
 الأصل ، وذلك على قسمين (الأول) أن تكون مفردة عن الأشجار
 وذلك على ثلاثة أقسام (الأول) أن يبيعها بشرط التبقية فبيعها
 باطل بلا خلاف للأحاديث السابقة .

(الثاني) أن يبيعها بشرط القطع فالبيع صحيح بلا خلاف لأنه
 بالقطع يزول المحذور من الآفة والعاهة ، ومن صرح بالاجماع في
 المسألتين الشيخ أبو حامد والرافعي وغيرهما ، ونقل ابن حزم
 في كتابه المحلى عن سفيان الثوري وابن أبي ليلى منع بيع الثمرة
 قبل بدو صلاحها جملة ، لا بشرط القطع ولا بغيره ، والشافعي رضى
 الله عنه أخذ جواز بيعها بشرط القطع من قوله صلى الله عليه وسلم :
 « رأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » كذلك

قال في الأم فان الثمرة التي تقطع لآفة تأتي عليها فانما يتمتع ما يترك مدة تكون فيها الآفة ، وليس ذلك من باب تخصيص العموم بعلة مستنبطة منه ، فان ذلك فيه خلاف . وأما هذه العلة فمخصوصة .

ولا شك أن استفادة التعليل من هذا الكلام ظاهرة ، وهو من أقوى درجات الايماء الذي هو أحد أدلة العلة ، ولعل سفيان الثوري رحمه الله انما منع من ذلك لأن في روايته أن التعليل المذكور من كلام أنس كما قدمته ، فلعله لذلك لم يأخذ به ، لكن في الحديث ألفاظ أخر تدل على ذلك (منها) قوله : حتى تتجو من العاهة (ومنها) قوله : حتى يبدو صلاحها ، يعنى أنها بعد الصلاح تأمن من العاهات والجوائح غالبا لكبرها ، وغلظ نواها ، وقبل الصلاح تسرع اليها العاهات لضعفها ، فاذا تلفت لم يبق شيء في مقابلة الثمن ، وكان ذلك من أكل المال بالباطل ، فاذا شرط القطع عرف أن غرضه هو الحصرم وهو حاصل ، وقيل معنى آخر ضعيف نقله الامام وهو أنها قبل بدو الصلاح^(١) أجزائها — كبرا ظاهرا — من أجزاء الشجرة ، وقد اتفق على القول بالجواز الشافعية والمالكية والحنفية .

(فرع) اذا باع بشرط القطع وجب الوفاء به فلو سمح البائع بعد شرط القطع على المشتري بترك الثمرة الى بدو الصلاح جاز ، ولو طالبه بالقطع لزمه ذلك ، نص عليه الشافعي والسيمرى والماوردي والرافعي ، قال الرافعي : ويكون بدو الصلاح ككبر العبد الصغير . وعن أحمد أنه يبطل البيع وتعود الثمرة الى البائع ، وقد يقوى ذلك بأن الغرر انما ينتفى بأخذها ، ولذلك قال المصنف رحمه الله : لأنه يأخذه قبل أن يتلف ، فمتى لم يؤخذ — وان كان بتراضيهما — فالغرر باق ، ألا ترى أنه لو تراضيا على عدم شرط القطع لم يصح ؟

وطريق الانفصال عن هذا السؤال أن المحذور آفة تمنع من التسليم المستحق بالعقد ، وهو في هذه الصورة مأهون ، فان التسليم المستحق فيها التسليم عقيب العقد ، فاذا تراضيا على ابقائها وحصلت

(١) بياض بالأصل قلت : ولعل العبارة هكذا : أنها قبل بدو الصلاح اذا قطعت يكون جزء كبير من أجزائها . (ط) .

آفة بعد ذلك لم تكن مانعة من التسليم المستحق ، بخلاف ما اذ أطلق أو شرط التبقية ، فان التسليم المستحق بالعقد هو وقت الجذاذ ، فالآفة قبله مانعة منه ، وممن روى عنه من المتقدمين ما يشبه قولنا يحيى بن أبى كثير اليمامى التابعى ، صح عنه أنه قال : لا بأس ببيع الشعير للعلف قبل أن يبدو صلاحه اذا كان يحصده من مكانه . فان غفل عنه حتى يصير طعاما فلا بأس به •

(فرع) قال فى التتمة : انما يجوز البيع بشرط القطع اذا كان المقطوع منتفعا به ، كالحصرم واللوز والبلح والمشمش ، فأما ما لا منفعة فيه كالجوز والسفرجل والكمثرى فلا يجوز بيعه بشرط القطع أيضا ، وكذلك قال فى البحر ، والرافعى فرع اذا باع بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى مضت مدة فان كان قد طالبه البائع بالقطع فلم يقطع ، وجبت الأجرة ، والا فلا ، قاله الخوارزمى •

(فرع) التسليم فى ذلك هل يكون بالتخلية كما هو تسليم الثمار ؟ فتكون مؤنة القطع على المشتري ؟ أو لا يكون الا بالنقل والتحويل فتكون مؤنة القطع على البائع ؟ الذى يظهر من كلامهم الثانى ، ويظهر أثره فيما لو تلفت قبل قطعها هل يجرى فيها خلاف وضع الجوائح ؟ وسنذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى •

(القسم الثالث) أن يبيعها مطلقا لا بشرط القطع ولا بشرط التبقية ، فمذهبنا أن البيع باطل للأحاديث ، وبه قال مالك وأحمد واسحاق وداود ، وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : البيع جائز صحيح ، ويؤخذ المشتري بقطعها فى الحال بناء على أصله فى أن الاطلاق يقتضى القطع ، لأن من حقوق العقد التسليم من غير تأخير والتسليم لا يتم الا بالقطع ، وعندنا الاطلاق يقتضى التبقية ، فنحن نخالفه فى المسألة وفى الأصل الذى بنى عليه ، ولهذا قال : لا يصح البيع بشرط التبقية لا بعد الصلاح ولا قبله ، وبشرط القطع يصح فيهما ، والاطلاق كشرط القطع ، ونحن نقول بشرط القطع يصح فى الحالين ، وبشرط التبقية يصح بعده ، ولا يصح [قبله] والاطلاق كشرط التبقية •

واستدلوا بأن حمل العقد على الصحة أولى فينبغى أن تنزله على القطع ليصح ، وبالقياص على ما بدا صلاحها ، وعلى ما شرط

قطعها ، وعلى رهنها ، وأجاب أصحابنا بأن النهى ورد مطلقا فلا يكون تنزيله على شرط التبقية لاطلاقه ، ولا على شرط القطع للإجماع بيننا وبين الخصم ، فتعين أن يحمل على البيع المطلق ، وأيضا أن النهى توجه الى المعهود من البياعات ، والمعهود من البيع اطلاق العقد دون تقييده بالشرط ، فصار النهى بالعرف متوجها الى المطلق دون المقيد ، ولأن العرف في الثمار أن تؤخذ وقت الجذاذ فصار المطلق كالمشروط التبقية ، والتسليم الواجب في العقد في كل شيء بحسبه ، وليس التسليم بالقطع والتحويل ، وانما هو برفع اليد والتمكين .

وأما اطلاق العقد وحمله على الصحة فغير مسلم ، بل يحمل على ما يقتضيه الاطلاق ثم يعتبر حكمه في الصحة والفساد ، وقد يتقيد المطلق اذا كان هناك عرف يقيده لم يؤثر القيد اما في التصحيح واما في الافساد ، وليس ذلك سعيًا في التصحيح ولا في الافساد بل هو واقع من ضرورة القيد .

(وأما) القياس على ما بدا صلاحها ، فلا يصح لوجهين (أحدهما) أنه يدفع النص (والثاني) أن ما بدا صلاحه يخامر العاهة ، والقياس على المشروط القطع مردود بتقدير أن المطلق يقتضى التبقية والقياس على الرهن ، فجوابه أن لنا في رهنها قبل بدو الصلاح قولين ، فإن جوزنا فلأن الرهن والهبة والوصية لا ضرر في عقدها قبل بدو الصلاح ، لأنه لا عوض في مقابلتها بخلاف البيع ، فانها اذا تلفت ضاع الثمن ، ثم اعترضوا بما قدمته من رواية زيد بن ثابت ، وقوله : ان النهى كان كالمشورة ، وقد تقدم الكلام فيه ، وأجاب أصحابنا أيضا عنه بوجهين :

(أحدهما) أن تأويل الراوى مرجوع اليه اذا احتل الخبر أمرين ، والمراد أحدهما بالاجماع ، كتفسير التفرق في خيار المتبايعين ، وكقوله الاها وها تفسير عمر له (١) (أما) في تخصيص العموم ومخالفة الظاهر فلا .

(١) المراد بتفسير عمر له أى زمن لا يسمح بالتبقية ، وقد يكون اللفظ (تفسير عموميه .) وهو ليس بتفسير للعموم في الحديث ولكنه استثناء الا من العموم فهو مخصص منه ولكن قوله بعد ذلك أما في تخصيص العموم ، يفيد ان رأيه مكذا . (المطيعي)

(والثاني) أن ظاهر رواية زيد وقوله : انه حضر تقاضيهما أنه كان قد وقع على شرط التبقية ، ولا يقال وقت التقاضي بعد مدة الا اذا كان مشروطا : وهذا الظاهر مشروط بالاجماع لأنه متى شرط التبقية بطل ، ثم لا وجه لتمسك الحنفية به لأنهم يمنعون شرط التبقية بعد بدو الصلاح . كما يمنعونه قبله ، والحديث المذكور يقتضي الفرق بين الحالتين ، وحمل الغزالي في التحصين المشورة في ذلك على تعرف أحوال الثمرة ونجاتها من العامة ، وأن ذلك لا يحصل الا بالزهو فلما عرف العلة بالمشورة أثبت حكم الشرع بناء على العلة كما قال للسائل : « أينقص الرطب اذا جف ؟ » ودليله أنه لما ذكر حالة الاحتياج قال : « فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » فهذا يدل على تحريم أخذ المال مع توقع الهلاك عن قرب .

(قلت :) وقد قدمت ما يرجح تأويله غير ذلك ، وقد صحح عن زيد بن ثابت أنه لم يكن يبيع ثمار أمواله حتى تطلع الثريا ، فيتبين الأحمر من الأصفر ، وروى عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم أنه لا يباع حتى يؤكل من الثمر ، قال الشيخ أبو حامد : ولا مخالف لهما من الصحابة ، والله أعلم .

(فرع) قد ذكرنا أن العقد المطلق محمول على شرط التبقية لأنها المعتاد ، فلو كان في البلاد شديدة البرد كرم لا تنتهي ثمارها الى الحلاوة ، واعتاد أهلها قطع الحصرم ، ففي بيعها وجهان عن الشيخ أبي محمد أنه يصح من غير شرط القطع ، تنزيلا لعاداتهم الخاصة منزلة العادات العامة ، فيكون المعهود كالمشروط : وامتنع الأكثرون من ذلك . ولم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامة ، وهذا الخلاف يجري فيما اذا جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن بالرهون : والقفال يرى اطراد العادة فيه كشرط عقد في عقد فيفسد الرهن ، وأشار امام الحرمين الى تخريج ذلك على مهر السر والعائنية . وأن هذا أقرب من تلك المسألة . لأن اعمال التواطؤ في تلك المسألة الغاء صريح اللغة الثابتة ، فقد لا يحتمل ، ومن نظائر ذلك ما جرت عادة شخص بأن يرد أجود مما استقرض ، فالمذهب جواز اقراضه . وفيه وجه : وهذه مسائل كلها متقاربة المأخذ . والمخالف في بعضها لعله يخالف في الباقي . ولكني اتبعت في نقل

مسألة الحصرم — عن الشيخ أبى محمد ، ومسألة الرهن عن القفال —
ما فى النهاية •

والرافعى نقل مسألة الحصرم عن القفال (فاما) لنسبة هذه
القاعدة اليه (واما) لنقل خاص عنده ، وفى الوسيط نسبه الى المنع
فى المسألتين الى القفال ، ونسبه ابن أبى الدم الى الخلل والتهافت
(أما) الخلل فلما ذكرته (وأما) التهافت ففى قوله : المنع وتأويله
أنه خالف من أبطل فى مسألة الحصرم ، وخالف من صحح فى مسألة
الرهن ، قال ابن الرفعة : كلام الشيخ أبى محمد مبين لكلام القفال
لأن القفال اعتبر العادة وحدها ، والشيخ أبو محمد اعتبر العادة
مع كون ذلك لا ينتهى الى الصلواة ، فقد يحتمل ذلك حالة كماله حتى
لو جرت عادة بقطع العنب الذى يجىء منه عنب حصرم ، صح العقد
عليه عند القفال بدون شرط القطع ، ومن ذلك يخرج فى مسألة الحصرم
ثلاثة أوجه •

وهذا الذى قاله ابن الرفعة محتفل ، ولكن ظاهر كلام الناقلين
عن الشيخ أبى محمد أنه انما اعتبر العادة ، وانما فرضنا فى ذلك
لأنه الذى يعتاد قطعه حصرما (أما) أن ذلك معتبر عنده فى الحكم
فيحتاج الى نقل ، ومنهم من حمل قول الغزالى ومنع القفال فى
المسألتين على منع الصحة فى مسألة الرهن ، ومنع وجوب التبقية
فى الحصرم وحمل الحصرم على ما بدا صلاحه لقول الجوهري أن
الحصرم أول العنب ، والمراد أنه لا تجب تبقيته الى أوان الجذاذ
كما يقنضيه اطلاق غيره من الأصحاب ، وهذا حمل حسن أيضا
لكن الأقرب أن الحصرم لم يبد صلاحه ، وقول الجوهري معناه أول
الثمرة التى نهايتها عنب •

واعلم أن ههنا أمورا أربعة يجب التمييز بينها (أحدها) العرف
(والثانى) العادة ، وينقسم كل منهما الى عام وخاص ، والعرف
غير العادة ، فان المراد بالعرف ما يكون سببا لتبادر الذهن من
لفظ الى معنى من اللفظ ، كما تقول : الدابة حقيقة عرفية عامة فى
ذوات الأربع . والجوهر حقيقة عرفية خاصة فى المعنى المصطلح
عليه بين المتكلمين ، والمراد من العادة ما هو مألوف من الأفعال

وما أشبهها فهذان قسمان متغايران ، العادة والعرف ، وقد تجعل العادة أعم وتقسم الى عادة قولية وهى ما سميناه بالعرف ، وعادة فعلية وهى مقابله . وقد يطلق العرف على الجميع ، والأمران الآخران (أحدهما) الألفاظ التى تطلق فى العقود ، وفى تقييد مطلقها ، وتفسير مجملها (والثانى) ما ينزل عليه العقد من الأمور التى تجعل كأنها شرطت فى العقد .

وهذان أمران متغايران أيضا ، فان الأول يرجع الى تنزيل لفظ مطلق جرى فى العقد على معنى ، كحمل الدرهم على الدرهم المتعارف فى البلد ، وحمل المسلم فيه على السليم ، لأنه المتبادر الى الذهن عند الاطلاق دون المعيب ، والثانى يرجع الى تقدير شرط مضمون الى العقد كمسألتنا هذه ، فاعتبار العرف العام لا شك فيه فى تقييد اللفظ المطلق كما لو قال : اشترى لى دابة ، لم يشتر الا ذوات الأربع ، والعرف الخاص كالاصطلاح على تسمية الألف ألفين فى مهر السر ومهر العلانية .

(وأما) العوائد الفعلية فان كانت خاصة فلا اعتبار بها ، وان عمت واطردت فقد اتفق الأصحاب على اعتمادها ، وذكروا لها أمثلة :

(منها) تنزيل الدراهم المرسلة فى العقود على النقد الغالب . وهذا ان قدمته فى قسم العرف فان هذه العادة أوجب اطرادها فهم أهل العرف ذلك النقد من اللفظ ، فالرجوع فى ذلك الى ما يفهمه أهل العرف من اللفظ الى العادة (ومنها) أنا لا نخرج المتكارس الى ذكر المنازل ، وتفصيل كيفية الأجزاء وهذا مثال صحيح ، وهى من قسم ما يرجع الى تقدير شرط مضمون الى العقد ، وكثير من أحوال العقود يحمل على ذلك كالتسليم والقطع ، والتبقيّة ، كبقيّة أجزاء البهيمة المكراة ، والمقدار الذى يطوى فى كل يوم ، ووجوب تسليم الأكاف والثقر واللجام وجميع الأدوات عند استئجار الدابة .

وضابطه كل ما غلب على وجه يسبق مقتضاه من اللفظ الى الفهم : سبق المنطوق به على وجه يعد التعرض له مستقصيا : مشتغلا بما لا حاجة الى ذكره . وكثيرا ما يسمى الفقهاء ذلك عرفا لعمومه . ولأن فهم هذه الأتنياء صار فى العرف لفهوم اللفظ ، فالتحق بالعادة القولية . قال الإمام : وكل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو الحكم .

ومضمرة كالذكر حريحا ، وكل ما يتعارض للظنون بعض التعارض في حكم العادة فيه ، فهو مثار الخلاف ، يعنى ما تتعارض الظنون في اطراده ، وأما ما لا يطرد جزما فلا يعتبر ، وقد أطلق الأصوليون أن العادة الفعلية لا تعتبر ، فلا تخصص عاما ، ولا تقييد مطلقا كما اذا حلف لا يأكل خبزا ، ولا يلبس ثوبا ، فيحنت بأكل خبز الشعير ولبس الكتان ، وان كانت عادته أن لا يأكل الا القمح ولا يلبس الا الحرير . والسبب في ذلك أن العرف القولى ناسخ للغة وناقل للفظ ، والفعل لا ينقل ولا ينسخ ولا معارضة بينه وبين اللغة ، واطلاقهم في ذلك صحيح وما قدمناه غير معارض له ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

ثم أشار الامام أيضا الى تخريج مسألة قطع العنب حصرا على خلاف الأصحاب في أن الشيء النادر اذا أطرده ، كدم البراغيث في بعض الأصقاع ، هل يعطى حكم العام فيعفى عنه ، وقطف العنب حصرا في غاية الندور ، فان فرض اطراد عادة بقعة به فهو على ذلك الندور .

(فرع) لو باع ثمرة لم يبد صلاحها على شجرة مقلوعة . قال الرويانى : لا نص فيه (قال :) وقد قال أصحابنا يجوز بيعها مطلقا من دون شرط القطع لأنها لا تنمو ولا تأخذ من أجزاء الشجرة لو بقيت عليها بخلاف غيرها .

(قلت :) وهذا يشير الى المعنى الذى نقله الامام واستضعفناه فيما تقدم ، ولكن ينبغى أن يقال : لأنه لا يخشى عليها العاهة التى ورد النهى لأجلها ، فان هذه لا يجب تبقيتها على الشجرة فيما يظهر لى ، واذا كان كذلك فيجب قطعها فى الحال ، والله أعلم . ومن نص على الصحة فى ذلك أيضا الخوارزمى وعلمه بأن العقد يحمل على العادة . والعادة فيه القطع . وكذلك صاحب التتمة والنووى فى المروضة ، فهذا ما يتعلق بالقسم الأول ، وهو ما اذا بيعت الثمار مفردة عن الأشجار من غير مالك الأشجار .

(فرع) اذا اشترها قبل بدو الصلاح بشرط التبقية ، وقطع منها شيئا : قال الشافعى فيما نقله أحمد بن بشرى من نصوصه : ان كان له مثل رده ، ولا أعلم مثلا ، فاذا لم يكن فقيمته (قلت :) ومن

هنا أسندت فائدة عظيمة أن المبيع بالببيع الفاسد إذا كان مثليا يضمن بالمثل كما هو القياس ، وإن كان بعضهم قال : انه يضمن بالقيمة ، وإطلاق صاحب التنبيه يقتضيه . فبهذا النص استقدنا أنه يضمن بالمثل ، والله أعلم .

(فرع) إذا اشترى ذلك بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى بدا الصلاح فإن كانت الثمرة لا زكاة فيها فللبائع الاجبار على القطع ، كما كان قبل ذلك ، وإن كانت الزكاة تجب فيها فهل له ذلك ؟ أو لا يجب الى ذلك ؟ بل ينفسخ العقد ؟ فيه قولان ، وقيل : بمجرد بدو الصلاح تعلقت الزكاة بها ، وبطل البيع رواه القفال عن الشافعي لتعذر التسليم ، كما لو اشترى حنطة فانها لت عليها حنطة أخرى قال ابن الرفعة : وهذا فيه نظر ، لأن المستحق بعض المبيع وهو على الاثاعة ، فليكن البطلان ، ان قيل به في قدر الزكاة كما اذا استحق بعض المبيع قال : وجوابه أن ما فصل عن قدر الزكاة يجب قطعه لو بقي العقد فيه وهو لا يمكن ، فلذلك تعذر تسليمه . وكذلك يمنع من بيع بعض الثمار مثاعا قبل بدو الصلاح . بناء على منع القسمة لأن الشركة تمنع من صحة شرط القطع لما في ذلك من تغيير عين المبيع .

(القسم الثاني) بحسب ما اقتضاه كلام المصنف اذا بيعت الثمار مع الأشجار من غير شرط القطع ، فانه يصح ، وقد نص الشافعي رضي الله عنه على هذه المسألة ، نقلها القاضي أبو الطيب عن نصه في الرسالة وقد رأيتها في الأم أيضا في باب ثمرة الحائط يباع أصله ، قال : فان قال قائل : فكيف أجزتم بيع الثمرة لم يبد صلاحها مع الحائط ، وجعلتم لها حصة من الثمن ولم تجيزوها على الانفراد ؟ (قيل :) بما وصفنا من السنة ، وأراد الشافعي بالسنة الحديث المذكور ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « الا أن يشترط المبتاع » وذكر الشافعي في الأم في هذا الموضع جواز بيع الدار بطرقها ومسيل مائها وأفنيتها وذلك غير معلوم ، لأنه في معنى الثمرة التي لم يبد صلاحها تتبع في البيع ولو بيع شيء من هذا على الانفراد لم يجز ، وكذلك العبد يباع بجملة جوارحه . ولو أفرد بعضها لم يجز فوافق في هذا وخالف في أنه لا يجوز افراد بعض جوارحه مع القطع أيضا .

قال القاضي أبو الطيب : ولو كان القطع يعنى في الثمرة اذا بيعت مع الأصل شرطاً لقال - يعنى في الحديث : الا أن يشترط المبتاع القطع : وفيه معنى وهو أنها متصلة بالأصل فعفى عن الفرر فيها كأساسات الدار ، وأصول الجذوع ، وطى الآبار ، وغير ذلك ، وأيضا فإنه اجماع لا خلاف فيه ، هذا كلام القاضي أبي الطيب (وأما) ما ذكره من المعنى فهو الذى ذكره المصنف وذكره غيره من الأصحاب أيضا ، ومرادهم أن الأصل غير متعرض للعاهة ، والثمرة تابعة ، لكن المصنف عدل عن الأمثلة المذكورة الى الحمل ، وكأنه لحظ في ذلك أن تلك الأشياء أجزاء من المبيع حقيقة والثمرة والحمل كل منهما ليس بجزء حقيقى ، فكان قياسها عليه أولى .

ولك أن تقول : أما قياسها على الحمل فإن كان المراد ما اذا بيعت الأم ودخل الحمل تبعا فالفرق ظاهر ، وان كان المراد ما اذا صرح بدخوله حتى يكون كمسألتنا هنا فقد قال الأصحاب : انه اذا قال : بعثك هذه الدابة وحملها ، ففى صحة العقد وجهان (أحدهما) عند الرافعى وبه قال ابن الحداد والشيخ أبو على : انه لا يصح (والثانى) وبه قال أبو زيد ، وهو مقتضى كلام القاضي أبي الطيب المصحح : ومقتضى كلام القاضي أبي الطيب فى شرح الفروع أن قول المصحح مفرع على أن للحمل قسطا من الثمن ، والقول الآخر على أنه ليس له قسط .

(وأما) قياسها على الأساس فإن كان كلام الأصحاب - وان كان يقتضى الصحة فى بيع الدار وأساسها - لكنهم أجروا خلافا فى بيع الجبة وحشوها : فطريقة قاطعة بالصحة لأنه جزء بخلاف الحمل . وطريقة مجرية للخلاف . فهلا جرى فى الثمرة مثل هاتين الطريقتين ؟ (فان قلت :) مأخذ البطلان عند من يقول بها فى بيع الدابة وحملها ، والجبة وحشوها . أنه جعل المجهول مبيعا مع المعلوم . وكل واحد من الحمل والحشو يمتنع افراده بالبيع . والثمرة بعد التأخير وقبل بدو الصلاح يحسب بيعها . ولكن بشرط القطع . ولا يلزم من ايجاب هذا الشرط عندما تباع وحدها ايجابه اذا بيعت مع غيرها ، ولا من انقول بالبطلان فى مسألة الحمل والجبة ، القول به هنا .

(قلت :) يرد ذلك قول الشافعى رضى الله عنه الذى قدمته قريبا بجواز بيع الدار بطرقها ومسيل مائها وأفنيتهما • وذلك غير معلوم • لأنه فى معنى الثمرة التى لم يبد صلاحها تتبع فى البيع • فهذا النص يقتضى الصحة فى الجميع • وأنه اذا قال : بعتك الدابة وحملها يصح • وهو رأى أبى زيد • وأيضا فان الثمرة قبل بدو الصلاح اذا امتنع البيع فيها مطلقا وهى منفردة صارت غير قابلة للبيع على هذه الصورة • وما لا يجوز بيعه وحده لا يجوز بيعه مقصودا مع غيره كالحمل • وكيفما قدر لا يصح قياس الصحة فى مسألة الثمرة على الحمل الا عند من يقول بالصحة فيما اذا قال : بعتك الدابة وحملها (والمشهور) خلافه فكيف ساغ للمصنف القياس عليه ؟ •

وممن وافق المصنف على القياس على الحمل الرافعى رضى الله عنه • والاشكال عليه أشد • فانه صرح بأن بيع الأم وحملها لا يصح على الأصح (وأما) المصنف فلم يره الصحة • فان القاضى أبا الطيب فى شرح الفروع قال : ان أكثر أصحابنا على أنه يصح بيع الشاة ولبنها والجبّة وقطنها اذا علم أن الحشّو قطن • وقال : ان مسألة الحمل مبنية على أن الحمل له قسط من الثمن أو لا • يعنى ان قلنا : له قسط صح • والا فلا لعدم العلم به • ويتفق وجوده • واستشهد للصحة فى بيع الشاة ولبنها ببيع الدار وحقوقها • والجوز ولبه والرمان وحبه • على أنه قال فى آخر كلامه : انه يجوز تخريجهما • أعنى الجوز ولبه ، والرمان وحبه ، على الخلاف • فبالجملة الرافعى غير معذور فى القياس على الحمل ، وانما يصح القياس ممن يرى الصحة •

وكلام الشافعى فى هذا الباب يدل على أن الحمل ليس له قسط من الثمن • وذلك يعضد القول بعدم الصحة فى مسألة الحمل • ويقوى الاشكال على القياس عليه • وقد يترك القياس المذكور لخفاء مأخذ الصحة فى مسألة انتفاء المعنى الذى ذكرته عن الامام فى منع البيع بغير شرط القطع • وهو امتصاصها من ملك البائع • وهذا المعنى مفقود فيما اذا باعها معها أو نقول بأنها اذا باعها مع الشجر حصل تسليمها تاما فحصل الأمن من العاهة فى يد البائع بكل من المعنيين المقتضى بطلان بيعها وحدها معقود فى بيعها مع الشجرة • فتعليل الصحة بهذا المأخذ أسلم عن الاعتراض من التعليل بالتبعية : لما عرفته •

(فان قلت :) ظاهر ما حكته من نص الشافعي يقتضي الصحة في بيع الدار بمسيلها وأفنديتها وطرقها ، وهي غير معلومة ، وكيف يقس العقد على أماكن لم يرها العاقد ؟ (قلت :) يغتفر ذلك تبعا للأساس ، والتحقيق في ذلك كله أن ما دخل في مسمى البيع وكان جزءا فانه يجوز أن يبيعه معه كحشو الجبة والأساس وما كان خارجا عن مسماه وليس بجزء منه ، ظاهر النص الذي حكته يقتضي الجواز فيه أيضا ، لأن المسيل والطرق خارجة • وبه جزم القاضي أبو الطيب ، ولم يحك فيه خلافا في شرح الفروع • فان صح ذلك فالحمل بطريق أولى من جهة أنه كالجزء ويحتمل أن يبطل فيه • وان صح في تلك تخريجا على أن الحمل لا يعلم ، ولهذا قال الشافعي في كتاب الصرف : ولا خير في أن يبيع الرجل الدابة ويشترط عقابها (١) • هذا كله اذا جعله مقصودا بأن قال : بعثك النخلة وثمرتها ، أو الجارية وحملها • هذا ما يتعلق بالمعنى الذي أبداه القاضي أبو الطيب والمصنف •

(وأما) ما ادعاه القاضي أبو الطيب من الاجماع فان ذلك صحيح فيما اذا كان على وجه الاشتراط • كقوله : بعثك هذه النخلة بشرط أن ثمرتها لك • فان ذلك صحيح لا شك فيه للحديث • أما اذا أتى به على وجه البيع كقوله بعثك النخلة وثمرتها • فانه يجوز عندنا وعند المالكية • لكن مذهب مالك أنه لا حصاة للثمرة من الثمن • وكذلك مذهبه اذا اشتراها مشترى النخلة بعد شراء النخلة • وهو بعيد • وقال ابن حزم الظاهري : لا يجوز بيعها مع الأصول ولا فيها الا بالاشتراط فقط أخذا بظاهر لفظ الحديث • ولأوليين أن يقولوا : انه لا معنى لادخالها بالشرط الا ادخالها في البيع • والا فهي لا تدخل عند الاطلاق ومتى أدخلها في البيع بأي لفظ كان فقد صارت مبيعة مع الشجر • نعم هل تقابل بقسط من الثمن أو لا ؟ جزم الشافعي بقوله هنا بأنها تقابل بقسط • وقال في الحمل هنا : انه لا يقابل بقسط • مع أن الأصح من المذهب أنه يقابل أيضا •

(فرع) هذا الحكم الذي ذكرناه من جواز بيع الثمرة مع الأصول من غير شرط القطع ، لا خلاف في المذهب فيه أعلمه • قال الرافعي

(١) لعله (عقابها) أو عقبها أي ما تخلفه من زيادات منفصلة عنها ، والله أعلم •

رحمه الله : بل لا يجوز شرط القطع . لما فيه من الحجر على الشخص في ملكه . وسبقه في ذلك صاحب التتمة . وقال : انه لو شرطه بطل (قلت :) يرد عليه اذا باع الثمرة ممن يملك الأصل ، فان شرط القطع فيه جبر على الشخص في ملكه يعين ما قال . ومع ذلك فقد قال الرافعي : ان الأصح عند الجمهور وجوبه . وعلى الخوارزمي المنع بأنه يضر بمقتضى العقد ، اذ مقتضاه الابقاء ثم استشكله بأن ما يحمل عليه مطلق العقد من العادة بين الناس لا يصير قضية لازمة كالاطلاق يحمل على الحلول والنقد الغالب ثم لو عين نقدا لا أجلا صح . وقال ابن الرقعة : يشبه على طريقة الامام والغزالي فيما اذا شرط في بيع العبد أن لا يكسوه الا كذا أن يصح ويلغى الشرط . وههنا القبض بالتخلية بلا اشكال لأن التخلية تحصل في الأصل والثمرة مما اذا الثمرة تابعة للشجرة في التسليم ، والله أعلم .

(فرع) اطلاق المصنف جواز بيع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح يشمل ما اذا بدت من أكمامها وكانت مرئية وأما اذا لم تكن كذلك - وكذلك من وقفت على كلامهم من أصحاب أطلقوا المسألة ويشهد لذلك كلام الشافعي الذي قدمته في بيع الدار بمسيلها وطرقها ، وهي غير معلومة . لأن ذلك بيع وذلك ظاهر اذا قلنا : يجوز بيع الطلع في قشره وهو الأصح (أما) اذا منعاه فيحتمل أن يقال : انه يجوز أيضا تبعا . كما سقط شرط القطع . ويحتمل أن لا كما لو باعها معها بعد الصلاح .

(القسم الثالث) اذا باع الثمرة وحدها من مالك الأشجار بأن كان يملك أصلها ببيع متقدم أو هبة أو وصية أو كان قد أوصى له بثمره ومات الموصى ، فملكها وبقيت الأصول للورثة . اذا باع الثمرة في هذه الصورة من مالك الأصول هل يصح من غير شرط القطع ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصح لما ذكره المصنف وهو الذي جزم به المصنف في التنبيه . وصححه الجرجاني والغزالي . وادعى ابن التلمساني أن الأكثرين على ترجيحه والبندنيجي أنه ظاهر المذهب لأنه لو شرط القطع لم يجب عليه أن يقطع ثمار نفسه عن أشجاره فعلى هذا لو شرط القطع بطل العقد لأنه يناق مقتضى العقد ، قاله القاضي حسين في الزروع ، واعترض على القياس الذي ذكره المصنف

بالفرق فانه اذا باع الثمرة وحدها كانت العلة المذكورة في الحديث متوقعة من أكل المال بالباطل .

(وأما) اذا باعها مع الشجرة فعلى تقدير تلف الثمرة يرجع الى الأصل فلا يكون أكل المال بالباطل (والثانى) وهو الأصح عند الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والمحاملى والرويانى والشاشى وابن أبى عسرون ، والجمهور ، على ما حكاه الرافعى أنه لا يصح ، والفرق بينه وبين ما اذا جمعهما عقد واحد أن العقد اذا جمعهما كانت الثمرة تابعة معفى عن الغرر فيها كالأساس ، بخلاف ما اذا أفردت ، وقال الرويانى مع تصحيحه لهذا الوجه : أن الأول ظاهر المذهب ، وقال فى إيجابه أنه أعنى أظهر القولين^(١) هو القياس وفى هذا الكلام أن الخلاف قولان لا وجهان .

(فرع) على هذا الوجه لا يجب الوفاء بهذا الشرط كما تقدم والخوارزمى فى تعليقه^(٢) وممن صرح به النووى فى المنهاج ، وأبدى ابن الرفعة فيه نظرا ، أخذا من قول القاضى حسين : قال بعضهم : ويمكن بناء الوجهين على التعليلين فى منع بيع الثمرة قبل بدو الصلاح أن علل بالمشار اليه فى الحديث ، وهو أخذ الثمرة بتقدير التلف بغير عوض اقتضى البطلان هنا ، وإن علل بأن توقع التلف قبل الجذاذ يمنع تحقيق التسليم اقتضى الصحة ، لأن التسليم متحقق ، فإن الأصل فى ملك المشتري ، فلا علة لغيره فى المبيع ، وقال ابن الرفعة بعد أن ذكر عن بعضهم فى تعليل هذا الوجه أن سبب التصحيح فى بيعهما معا أن الأصل الشجر والثمار فيها ، وإن ذكرت تابعة لها فلا يضر تعرض العاهة لها ، ولا كذلك اذا بيعت منفردة قال : وهذا القائل تخير أن يقول : أن التسليم لا يحصل بذلك ، والا لم يصح له ما ذكر من التوجيه وهو مستمد من قول بعض الأصحاب : أن من

(١) بياض بالأصل والعبارة لعلها هكذا : أظهر القولين عدم الإيجاب هو القياس . (المطيعى)

(٢) بياض بالأصل ويمكن تقدير العبارة هكذا والخوارزمى فى تعليقه بأنه - أى المنع - يضر بمقتضى العقد ، إذ مقتضاه الإبقاء ، استشكل بأن محمول مطلق العقد فى العادة لا يصير قضية لازمة وممن صرح به النووى الخ . (المطيعى)

في يده وديعة ونحوها اذا ابتاعها ووفر الثمن لابد من النقل والتحويل ، ليحصل القبض وفارق ما اذا باع الثمرة مع النخل فان التسليم بالتخلية بينه وبين النخل شملهما •

وعن ابن الصباغ والبندنجي والمحاملي أن هذا الوجه القائل بأنه لا يصح الا بشرط القطع أقيس • وما ادعوه من القياس فيه نظر ، والله أعلم • ولنرجع الى كلام المصنف •

(قوله) ولا يجوز بيع الثمار والزروع من غير شرط القطع شمل قسمين ، البيع بشرط التبقية المجمع على بطلانه • والبيع المطلق الذي خالفنا فيه أبو حنيفة والاستدلال بالحديث على القسمين ظاهر • وكذلك بالمعنى الذي ذكره من قوله : ولأن المبيع انما ينقل على حسب العادة الى قوله : وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز • وقد تقدم بسط ذلك وبيانه في ذكر حججنا وحجج الخصم •

(وقوله) وان باعها بشرط القطع هو القسم الذي تكلمنا عليه ثانيا • وادعى جماعة فيه الاجماع وتقدم ما في ذلك (وقوله) لابد يأخذه قبل أن يتلف أى يستحق أخذه • والا فقد يتراضيان على بقاءه • وقد تقدم أنه يجوز ذلك عندنا •

(وقوله :) وان باع الثمرة مع الأصل أى سواء كان ذلك بصيغة الشرط أم بصيغة البيع (وقوله) لأن حكم الغرر يسقطه • إشارة الى أن الغرر لا يفتق • ولكن لا يكون له حكم شرعا (وقوله) كالغرر في الحمل يسقط حكمه اذا بيع مع الأصل ظاهر ذلك أنه يختار الصحة فيما اذا باع الجارية وحملها • وكذلك يقتضيه كلام القاضى أبى الطيب في هذا الموضع (والأصح) في المذهب خلافه كما تقدم •

(وقوله :) وان باع الثمرة ممن يملك الأصل الى آخره • هو هذا القسم الثالث الذى شرحته • وقد تقدم • وسيأتى القسم الآخر الذى بقى من أقسام بيع الثمار وهو أن يكون بعد بدو الصلاح في كلام المصنف ان شاء الله تعالى •

(فرع) اذا باع الثمرة التى لم يبد صلاحها وأطلق ، ثم

باع من مشتريها النخل بعد ذلك ، صح بيعه النخل ، ولا يصح بيع الثمرة ، بل هو مقر على بطلانه وأبدى الامام في كتاب المساقاة تخريج وجه فيه مما اذا زارعه على الأرض بين النخيل ثم ساقاه عليها انه يصح ، ويتبين بالمساقاة بعدها صحة المزارعة على بعد من استبعاده لهذا الوجه قال : فان كان لهذا الوجه صحة وثبوت فلا بد من طرده في بيع الثمار اذا تقدمت ، واستأخر عنه بيع الأشجار ، هذا ما يتعلق بمسائل الثمار (وأما) الزروع فقد أدرجها المصنف مع الثمار وأجراها مجرى واحدا ، والأقسام التي في الثمار عائدة بعينها في الزروع •

(القسم الأول) أن يبيعها مفردة عن الأرض من غير مالك الأرض قبل الاستداد ، فان باعها بشرط التبقية أو مطلقا بطل للحديث ، وهو قوله : « وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العامة » وفي الحديث الآخر : « وعن بيع الخب حتى يشتد » وقياس مذهب أبي حنيفة وتجوز بيع الثمار مطلقا أن يجوزه في الزروع أيضا ، وان باعها بشرط القطع جاز عندنا وعند جمهور العلماء كما تقدم في الثمار وخالف سفيان الثوري وابن أبي ليلى كما خالفنا هناك فقالا : لا يجوز مطلقا ، واتفق هؤلاء العلماء المشهورون وسفيان وابن أبي ليلى أيضا على أنه لا فرق في الزرع في السنبل والقصيل ، يمتنع بيع القصيل من غير شرط القطع •

وخالف ابن حزم الظاهري فجوزه تمسكا بأن النهي انما ورد عن السنبل ، قال : ولم يأت في منع بيع الزرع منذ ينبت الى أن بسنبل نص أصلا ، وروى عن أبي اسحاق الشيباني قال : سألت عكرمة عن بيع القصيل • فقال : لا بأس ، فقلت : انه سنبل فكرهه • قال : وهذا نفس قولنا • وممن ذكر حكم هذه الأحوال الثلاث مع المصنف في الزرع الماوردي والرافعي وغيرهما ولو باع الققت أو القصيل بشرط أنه يرعى دوابه لا يصح • ولا يجعل هذا كشرط القطع قاله الخوارزمي •

(واعلم) أن الأصحاب اتفقوا — فيما أعلم — على اشتراط شرط القطع في هذا القسم ، وقال الغزالي في الوسيط : (أما) البقل ان يبيع مع الأصول فلا يشترط القطع • وان يبيع دون الأصول

ينزل على القطع ، قال ابن أبى الدم : يريد به أنه لابد من شرط القطع فيه ، قال الامام : لابد من شرط القطع فيه وهكذا قال ابن يحيى فى محيطه . انه لابد من شرط القطع ، وذكره الشيخ فى البسيط فى الزرع الأخضر ، وهكذا ذكره الجماعة فى الزرع الأخضر ، وكان يمكن أن يقال : لا يشترط اشتراط القطع فى هذا ، بل متى أطلق نزل العقد على شرط القطع ، خوفا من الاختلاط ، بخلاف الثمار ، ولفظ الشيخ فى الوسيط يشعر به ، لكن المنقول ما ذكرته ، هذا كلام ابن أبى الدم .

وقال ابن الرفعة : ان الأئمة الفرق بين أن يكون ذلك لم ينبه الى الحالة التى يجز فيها ، فلا يجوز بيعه الا بشرط القطع . أو أن ينتهى فيجوز كما ذكرنا عن الماوردى . وعليه يحمل كلام الغزالي . لأنه ذكره عند الكلام فى بيع ما بدا صلاحه فظاهر نصه فى الأم يدل على ذلك . لقول الشافعى فيها : لا يجوز أن يباع القرط الا جذة واحدة عند بلوغ الجذاذ ويأخذ صاحبه فى جذاه عند ابتياعه . وقال فى هذه الحالة : انه اذا تركه من غير شرط فى العقد أياما وقطعه ممكن فى أول منها كان المشتري منه بالخيار فى أن يدع الفضل الذى له بلا ثمن أو ينقص البيع .

(قلت) وهذا حمل حسن . وعليه يدل كلام القاضى حسين ومراد ابن الرفعة بكلام الماوردى ما سيأتى عنه فى بدو الصلاح . وأنه جعل لذلك النوع حالة اصلاح ولكن فى كلام الشافعى الذى اعتضد به ابن الرفعة ما يفهم أنه اذا شرط تركه لم يصح وهو ظاهر لأنه يؤدى الى اختلاط . فان ثبت ذلك وثبت أنه لا يشترط فيه شرط القطع يكون هذا نوعا مما بدا صلاحه لا يجوز فيه شرط التثبية . ويجوز فيه شرط القطع والاطلاق . لكن يكون هذا فيما يعتاد جذه حتى يكون ذلك صلاحا فيه .

(أما) الزرع الذى يعتاد ابقاؤه فتمتى باعه بغير شرط القطع فسد . سواء كان بقلا أو قصيلا أو سنبل . ما لم يشتد . وقال الشافعى أيضا : لا يجوز بيع القصيل الا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أو لا يستخلف ، ولا يزيد . وهذا النص يحمل على ما لم يبد صلاحه ، ولا ينافى ما قاله ابن الرفعة ، وهذا القسم هو الذى نتكلم فيه هنا

(وأما) الأول الذى يكون وصل الى حالة صلاح فسيأتى الكلام فى بيع ما بدا صلاحه ، والله أعلم •

(القسم الثانى) أن لا يباع الزرع مع الأرض فيجوز من غير شرط القطع كما مر فى الثمار مع الأشجار ، وممن نص عليه مع المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى والرافعى وبقية الأصحاب والمباحث المتقدمة هناك عائدة هنا •

(تنبيه) اطلاق المصنف جواز بيع الزرع والثمرة مع الأرض والشجر ، يشمل ما اذا كان الزرع لم يتسنبل بعد ، أو تسنبل ولم يشتد ، ولذلك صرح به الأصحاب ، وهو باطلاقة يشمل ما اذا كان الحب الذى فى السنبل غير المشتد مرثيا كالشعير أو غير مرثى كالحنطة ، وانما فصلوا بين المرثى وغيره فيما بعد بدو الصلاح على ما سيأتى ان شاء الله تعالى فان كانت التبقية تقتضى المسامحة فى ذلك فينبغى فى الموضعين ، والا فما الفرق وقد تقدم مثل ذلك فى الثمار أيضا •

(القسم الثالث) اذا باع الزرع وحده من مالك الأرض فهو كبيع الثمرة من مالك الشجرة ، جزم المصنف فى التنبيه بالجواز ، وذكر ههنا الوجهين ، وقد تقدم ذكرهما ، ولم أر من صرح بهذه المسألة فى الزرع غير المصنف والقاضى حسين والرويانى والجرجانى والمتولى ، ومقتضى نصه الذى نقلوه عن الرهن أيضا يدل له ، وكثير من الأصحاب يقتصرون على حكم الثمار ، وكأنهم مكتفون بذلك عن ذكر حكم الزرع ، قال القاضى حسين وغيره : فعلى قولنا : لا يحتاج الى شرط القطع لو شرط فيه القطع بطل العقد ، لأنه ينافى بمقتضى العقد ، وفيه ضرر على المشتري •

(فرع) قول المصنف هنا : اذا باع الزرع ممن يملك الأرض . وقال فى التنبيه من صاحب الأصل فظاهره أيضا أنه المالك . فلو باع الزرع من مستأجر الأرض وذلك يفرض فى صور (منها) اذا استأجر أرضا وزرعها وباع الزرع بشرط القطع وتراضيا على ابقائه . ثم اشتراه البائع مطلقا : هل يكون كالمالك ؟ أو لو كان المالك غير مستحق للمنفعة بأن كانت مستأجرة مثلا ؟ هل يستمر الحكم المذكور ؟

أو نقول : ان المالك في هذا الوقت لا يد له ولا منفعة فهو كالأجنبي ؟
(وأما) الثمرة فلا يمكن فيها ذلك ، لأن الشجرة لا يجوز استئجارها ،
كما صرح به بعض الأصحاب في هذا الباب •

(فرع) لو باع الزرع من مالك الأرض بالأرض ، فانه يصح
ويشترط فيه ذكر القطع ، قاله القاضى حسين وصاحب التتمة
والخوارزمى ، وهو ينبغى أن يكون تقييدا لما تقدم من الاطلاق ، وعلى
قياسه اذا باع الشجرة بالشجرة •

(فرع) قد تقدمت الأحاديث الواردة في المنع عن بيع الثمار
قبل بدو الصلاح (ومنها) ما هو مطلق (ومنها) ما هو وارد في النخل ،
قال ابن عبد البر : ولا خلاف بين العلماء أن جميع الثمار داخل
في معنى ثمر النخل ، وأنه اذا بدا صلاحه وطاب أوله حل بيعه •

(فرع) لا فرق في الثمار بين ما يجذ كالبلح والبسر ، أو
يقطف كالحصرم والعنب • أو يجمع كالبطيخ والقثاء والخيار
والباذنجان • وكذلك التفاح والكمثرى والخوخ والجوز واللوز والرائج •
كلها تجزى فيها الأقسام المتقدمة والآتية في بيعها قبل بدو الصلاح
وبعده ، ومنفردة وتابعة ، والله أعلم •

(فرع) الفجل المغروس في الأرض والسلجم والجزر والسلق
اذا اشترى ورقه فان شرط القطع جاز ، أو التبقية أو أطلق لم يجز •
وان اشترى أصله المغروس في الأرض لم يجز • سواء قلنا : بيع الغائب
باطل أو صحيح • لأنه لا يمكن رده الى البائع على صفته • قاله القاضى
أبو الطيب والقاضى حسين وغيرهما •

(فرع) قال القاضى حسين : اذا باع أصل الكراث مع الكراث
صح العقد • ويؤمر بالقلع ، ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح :
ويكون بيع الغائب وبيع المجهول ، ولو باع القصب الفارسى وما يتكرر
قطعه حكمه حكم الكراث • وقال في الجوز ونحوه : اذا كان في الأرض
ويكن (١) بعضه ظاهر من الأرض فانه يجوز بيعه كالصبرة اذا رأى

(١) كذا بالنسخة المطبوعة والعبارة غير مستساغة ولعلها : " اذا كان
في الأرض ولم يكن بعضه ظاهرا من الأرض " •
(المظيعى)

ظاهرها دون باطنها وسيأتى عن الامام أن البقول التى تتزايد لا يجوز بيعها الا بشرط القطع مطلقا • وليس لها حالة كمال بدو الصلاح •

(فرع) قال ابن الحداد فى المولدات : باع نصف ثمرة على رؤوس النخل قبل زهو الثمرة ، فالبيع باطل لأنه لا يمكن أن يقسم • وكذلك ان باعه نصف زرعه بطلا وكذلك قاله القاضى حسين فى الزرع والروياتى فى الزرع والثمرة جميعا ، وقد ذكر هذا الفرع غير واحد من الأصحاب ، ونص عليه الثافعى فى الصلح أنه لا يجوز على نصف الزرع وذكره المزنى آخر مسألة فى كتاب الصلح • قال الرافعى وغيره : وعلوه بأن البيع والحالة هذه يفتقر الى شرط القطع • ولا يمكن قطع النصف مشاعا الا بقطع الكل فيتضرر البائع بنقصان عين المبيع فأنشبه ما اذا باع نصفنا معينا من سيف أو أسطوانة وعليها سقف دار بحيث لا يمكن تسليمها الا بهدم الدار ، فانه لا يصح العقد فيه • وقال الرافعى : وما ذكروه من أن قطع النصف لا يمكن الا بقطع الكل انما يستمر بتقدير دوام الاشاعة وامتناع القسمة •

(أما) اذا جوزنا قسمة الثمار فى حال الرطوبة بناء على أنها افراز ، فيمكن قطع النصف من غير قطع الكل ، بأن يقسم أو لا فليكن منع القول مبني على القول بامتناع القسمة لا مطلقا ، وعلى هذا يدل كلام ابن الحداد • قال القاضى أبو الطيب : هو الصحيح (قلت :) قد قدمت فى باب الربا فى جواز قسمة الثمار على الأشجار أنه فى غير الرطب والعنب ، لا يجوز قطعا • وفى العنب والرطب ثلاث طرق (أصحها) وهى التى رجحها صاحب التهذيب والمحاملى ، أنه لا يجوز • وان قلنا : انها افراز (والثانى) تخريجها على القولين (والثالث) يجوز ، وان قلنا : انها بيع ، ومحل الطرق الثلاث على ما نبه عليه المحاملى ما بعد بدو الصلاح (أما) قبل بدو الصلاح فلا يجوز جزما ، وان كان كلام كثير من الأصحاب مطلقا وفتيا ابن الحداد هنا ومن وافقه صحيحة فى غير العنب والرطب جزما ، وفى الرطب والعنب اما جزما على ما قاله المحاملى ، واما على الأصح اذا جعلنا الخلاف مطلقا •

وما صححه القاضى أبو الطيب من تخريجها على الخلاف فى

القسمة - وان كان مخالفا لما قاله المحاملى - فليس فيه تصحيح للجواز ، لأنه لم يذكر هنا ، أما الأصح عنده في القسمة وقد صحح الرافعى في باب الربا أن قسمة ذلك تتبع . فيكون الأصح عنده على مقتضى ذلك أنه لا يجوز قسمتها ، وان كان في باب القسمة حكى اختلاف التصحيح في قسمة المتشابهات . وهذا كله بناء على ما أفهمه نقل الرافعى عن أبى الطيب من آخر الخلاف في ذلك . والذي ادعاه ابن أبى الدم أنه لا خلاف في البطلان . وأن ابن الحداد علله بامتناع القسمة وغلطه الأصحاب في التعليل ، وأن أبى الطيب قال : الصحيح ما علل به ابن الحداد ، وقد نص الشافعى على هذه العلة : فالتصحيح حينئذ في التعليل ولا خلاف في الحكم .

وقد قال الشافعى رضى الله عنه في باب الآجال من الأم : انه اذا كان بين القوم حائط فيه الثمر لم يبد صلاحه ، فأرادوا اقتسامه فلا يجوز قسمه بالثمرة بحال . وكذلك لو بدا صلاحها لم يجز من قبل أن للنخل والأرض حصة من الثمن ، وللثمرة حصة من الثمن . فتقع الثمرة بالثمرة مجهولة ، لا بخرص ولا تتبع ، ولا تجوز قسمته الا أن يقتسما الأصل وتكون الثمرة بينهما مشاعا ان كانت لم تبلغ ، أو كانت قد بلغت غير أنها اذا بلغت لا بأس أن يقتسما بالخرص قسما منفردا . وان أرادا أن يقتسما الثمرة مع النخل اقتسماها ببيع من البيوع ، فيقوم كل سهم بأرضه وشجره وثمره . ثم أخذ بهذا البيع لا بقرعة . واذا اختلف فكان نخلا وكرما فلا بأس أن يقسم أحدهما بالآخر وفيهما ثمرة لأنه ليس في تفاضل الثمرة بالثمرة تخالفها ربا في يد بيد انتهى . فهذا نص في امتناع القسمة قبل بدو الصلاح ، وأوله يقتضى امتناع القسمة بعد بدو الصلاح أيضا ، لكن قوله : غير أنها اذا بلغت فلا بأس أن يقتسما بالخرص قسما منفردا يقتضى جواز قسمها بعد بدو الصلاح فليتأمل .

(واعلم) أن ابن الحداد علل المنع في ذلك بامتناع القسمة كما رأيت ، وغلطه بعض الأصحاب في التعليل ، وقال : ليس العلة أنه لا يصح قسمتها . فان البيع لا يصح وان قلنا : قسمتها صحيحة وأن القسمة افراز . وانما لم يصح ذلك لأن اشتراط القطع لا يصح فيها ،

لأن نصفها مشاعا لا يمكن قطعه ، قال القاضى أبو الطيب :
هذا الذى قاله هذا القائل ليس بصحيح ، والتعليل هو الذى ذكره
ابن الحداد ، ونص الشافعى كذلك ، قال فى الصلح : لو كان الزرع
بين الرجلين وصالحه أحدهما على نصف الزرع لم يجز من قبل أن
الزرع لا يجوز أن يقسم أخضر ، ولا يجبر شريكه على أن يقطع
منه شيئا ، ومقتضى هذا الكلام من أبى الطيب أن علة ابن الحداد
هى الصحيحة ، وأن القول بذلك مبنى على امتناع القسمة وأن القائل
الآخر خالفه فى التعليل وعمم الحكم ، ثم قال القاضى أبو الطيب
بعد ذلك : انه اذا قلنا : تصح قسمة الثمار صح بيعه ، لأن شرط القطع
يصح فيه ، فبييع نصف الثمرة أو نصف الزرع بشرط القطع ثم
يطالبه بالقسمة فى الحال فيقاسمه ثم يقطعه .

(وأما) اذا قلنا : لا تصح القسمة فباع نصفها بشرط قطع
الجميع لم يصح ، لأن البائع لا يجبر على قطع ما لم يبيع ، والشرط
فيه لا يصح ، ولا يمكن قطع المبيع منفردا ، لأنه مشاع ، وهذا
الذى قاله القاضى بعد أن قرر أن العلة الصحيحة امتناع القسمة ،
وأن المسألة مبنية عليها وهو صحيح ، لكن قد ثبت أن الثمار لا تصح
قسمتها ، وكفى بهذا النص الذى فى الصلح دليلا على امتناع قسمتها ،
والله أعلم .

ولم أر أحدا صرح بجواز بيعها غير القاضى فى هذا الكلام
الذى قاله ، ويشبه أن يكون تفريعا من عنده على مقتضى البناء
على القسمة ، وما أفهمه نص الشافعى ، ولقائل أن يقول : ليس التمسك
بمفهوم ذلك على اثبات خلاف فى هذه المسألة بأولى من التمسك به
على امتناع القسمة ، والجزم بامتناع البيع ههنا ، وكيفما قدر
فالمنع فى هذه المسألة اما أن يكون هو الصحيح أو يكون مجزوما به ،
واذا نظرت الى كلام الرافعى بمجرد ، وما قاله فيما اذا جوزنا
قسمة الثمار الرطبة بناء على أنها افراز ، وما هكاه عن أبى الطيب
أن تخريجها على ذلك هو الصحيح ، وفى ذهنا أن قسمة المماثلات
افراز ، توهمت من مجموع ذلك أن الصحيح الجواز فى هذه المسألة ،
وليس كذلك بل الزرع لا يجوز جزما لأنه لا تجوز قسمة خرصا
جزما ، والثمار غير الرطب ، والعنب كذلك ، والرطب والعنب يجرى

فيهما الخرص ، وفي قسمتهما خرصا خلاف ، المنقول عن نصه في الصرف الجواز ، وذكر الراقعي أنه الأصح تفريعا على أن القسمة افراز ، لكنه ذكر في ذلك الموضع أن الأظهر أنها بيع ، فيكون الأظهر امتناع البيع في ذلك .

والعجب من القاضي أبي الطيب ، كيف صرح هنا ببيع الزرع على قسمته ، مع أنه جزم في باب الربا أنه لا تجوز قسمة غير الرطب والعنب خرصا ، وإنما يتأتى ذلك عند من يرى أنه تجوز قسمته خرصا ، ولا أعلم أحدا صرح بذلك ، إلا أن لنا وجها ضعيفا أن الخرص يجري في غير الرطب والعنب ، فيجىء على مقتضاه خلاف في قسمة ذلك خرصا ، قال ابن الرفعة : (فان قلت :) الأصحاب قالوا في كتاب المساقاة : ان بيع بعض الثمار مثاعا بعد بدو الصلاح يصح ، وان لم تجزم القسمة (قلت :) صحيح لأن التبقية تجب على البائع ، وهي تستلزم تبقية الباقي اذا لم تجز القسمة بالخرص ، وليس فيها تغيير عين المبيع ، والله أعلم .

(فرع) من هذا الجنس لو باع نصف الثمرة مع نصف النخل صح ، وكانت الثمار تابعة ، قاله الراقعي وغيره ، وكذا اذا باع نصف الثمرة مع جميع الشجرة . قاله الخوارزمي ، فلو شرط القطع في ذلك احتمل أن يكون اشتراطه في بيع كل الثمرة مع كل الأصل . واحتمل أن يكون أولى بالفساد . لأجل امتناع القسمة . ولو كانت الشجرة أو الأرض لواحد والثمرة أو الزرع لآخر ، فباع نصف الثمرة من مالك النخل ، أو نصف الزرع من مالك الأرض . فوجهان مبنيان على الوجهين في اشتراط القطع : لو باع الثمرة كلها من صاحب الأصل ، قاله القاضي حسين في الزرع ، والراقعي في الثمرة ، وقد تقدم الخلاف في الأصح من الوجهين . وأن الأصح الاشتراط ، فيجىء عليه أن الأصح هنا عدم الصحة .

ولو كانت الثمار والأشجار أو الزروع والأرض مشتركة بين رجلين ، فاشتري أحدهما نصيب صاحبه من الزرع أو الثمرة لم يصح ، وقال الخوارزمي : ان اشتري نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الزرع لم يجز لا مطلقا ولا بشرط القطع على الأصح ، فأشعر

بخلاف ، ولعله الذى تقدم الكلام فيه فى بيع نصف الثمرة والزرع مشاعا على قولنا : القسمة افراز ، ولو اشترى نصيب صاحبه من الثمرة بنصيبه من الشجرة ، أو نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الأرض فإن باعه مطلقا لم يجز ، وإن كان بشرط القطع صح ، لأن جملة الثمار أو الزرع تصير للمشتري ، وجملة الشجر أو الأرض تصير للآخر ، وعلى مشتري الثمرة أو الزرع قطع الكل ، لأنه التزم بهذه المعاملة قطع النصف المشتري بالشرط ، والتزم تفريغ الأشجار والأرض لصاحبه ، وبيع الشجرة أو الأرض على أن يفرغها للمشتري جائز ، قاله القاضى حسين فى الزروع ، والرافعى فى الثمار ، وكذلك القاضى أبو الطيب فى شرح الفروع .

ولو كانت الأشجار أو الأرض لواحد ، والثمرة أو الزرع لاثنيين ، فاشترى صاحب الشجرة نصيب صاحبه من الثمرة بنصف الشجرة ، أو اشترى صاحب الأرض نصيب صاحبه من الزرع بنصف الأرض ، بشرط القطع ، صح قاله الرافعى ، وإن كان بغير شرط القطع ، ففيه وجهان مبنيان على اشتراط القطع إذا باع الكل من صاحب الأصل قاله القاضى حسين ، فأما إذا باع نصف الثمرة أو نصف الزرع من غير مالك الأرض فيشترط شرط القطع قولاً واحداً .

وقال الخوارزمى فى الكافى : لو كان الزرع لهما والأرض لأحدهما فباع أحدهما نصيبه من الزرع البقل من صاحبه لا يجوز لا مطلقاً ، ولا بشرط القطع كما لو باع من غيره ، ولو كانت الأرض لاثنيين والزرع لواحد عكس ما تقدم ، فإن باع الزرع من أجنبى فالحكم واضح ، وإن باعه من مالك الأرض فيخرج على الوجهين ، وإن باع الكل من أحدهما لم يصح ، وإن باع النصف من أحدهما يخرج على الوجهين . إن قلنا : لا يحتاج إلى شرط القطع جاز ، والا فلا ، قاله القاضى حسين ، ولو كان الزرع لواحد والأرض لآخر فباع الزرع بالأرض ، فقد تقدم . ولو باع صاحب الزرع زرعه من صاحب الأرض بنصف أرضه قال فى التتمة : فإن قلنا : أنه إذا باع الزرع من مالك الأرض بشرط القطع فالعقد صحيح ، ويشترط القطع فى الكل لأن كل الزرع مبيع (وإن قلنا) لا يعتبر فيه شرط القطع فالعقد باطل ، لأن شرط القطع فى النصف مبطل للعقد ، لأن الأرض ملكه ، ولا يمكن

افراز النصف بشرط القطع فيه ، لأن النصف لا يعرف الا بالقسمة ، ولو اشترى جميع الأرض بنصف الزرع فيها ، فالعقد باطل • قاله في التتمة •

واطلاق صدر المسألة في أنه لا يجوز بيع نصف الزرع مشاعا يشمل ولو باع جميع الزرع مع نصف الأرض قال في التتمة : لا يجوز • لأن النصف الذى هو مبيع مع الأرض لا يجوز شرط القطع فيه • والنصف الذى هو مبيع دون الأرض لا بد من شرط القطع : وشرط القطع في النصف لا يمكن ، والله أعلم •

ولو استثنى نصف الثمرة غير المؤبرة فقد تقدم في موضعه •

(فرع) رأيت في المطارحات لابن القطان أنه ان باع نصف الزرع مشاعا مع جميع الأرض جاز • فان باعه مع بعض الأرض أو دون الأرض لم يجز ، ولم يتضح لى ذلك • ولعله غلط في النسخة •

(فرع) في رهن الثمرة وهبتها قبل بدو الصلاح خلاف • سيأتى ان شاء الله تعالى في موضعه ان يسر الله ذلك •

(فرع) قال أحمد بن بشر عن نصه (١) • ولا بأس بشراء نصف الثمرة جزاا قال أحمد : يشبه أن يكون بعد بدو صلاحها •

(فرع) البطيخ له أحوال (الحالة الأولى) أن يبيعه مع الأرض فيستغنى عن شرط القطع • وتكون الأرض كالشجرة •

(والحالة الثانية) أن يفرد أصول البطيخ بالبيع : قال العراقيون والامام وغيرهم : يجوز ولا حاجة الى شرط لقطع : اذ لم يخف الاختلاط ، ثم الحمل الموجود يبقى للبائع ، وما يحدث يكون للمشتري : قال ابن الرفعة : ولم يخرجوه على ما اذا أطلعت النخلة بعد البيع • وكان بعض ثمرتها مؤبرة حين البيع لأجل أن ذلك يعد حملا واحدا • وهذه بطون • وان خيف اختلاط الحملين فلا بد من شرط القطع • فان شرط فلم يتفق حتى وقع الاختلاط فطريقان سنذكرهما في نظيره

(١) الضمير في نصه يعود على نص الشافعى في الأم او الإملاء وأحمد ابن بشر هو ابن عابر المروذى القاضى أبو حامد (ط) •

ان شاء الله تعالى . ولو باع الأصول قبل خروج الحمل فلا بد من شرط القطع أو القلع كالزراع الأخضر ، فاذا شرطه ثم اتفق بقاءه حتى خرج الحمل فهو للمشتري ، قال ابن الرفعة : وفي صحة البيع نظر : لأن مثله لا ينتفع به الانتفاع المقصود .

(الحالة الثالثة) أن يبيع البطيخ مع أصوله منفردا عن الأرض ، فالذي قاله القاضي أبو الطيب وغيره من العراقيين الصحة ، وقال الامام والغزالي والمتولي : لا بد من شرط القطع ، لأن البطيخ مع أصوله متعرض للعاهة بخلاف الشجر مع الثمرة ، وذكر ابن الرفعة أن هذا من تفقه الامام وأن المنقول خلافه ، واعتمد في ذلك على فهمه لكلام جماعة من العراقيين ، والرافعي أبدى ذلك تخريجا فقال : قضية ما نقلناه في بيع الأصول وحدها اذا لم يخف الاختلاط أنه لا حاجة لشرط القطع ، فليعلم قول المصنف - بالواو - وكذلك وهذا الذي قاله الرافعي متعين ، اما أن يقال بالجواز في المسألتين أو بالمنع فيهما ، والأول أقرب الى كلام العراقيين .

(والثاني) مقتضى كلام القاضي حسين والفوراني والامام : يلزمه الفرق بين بيع الأصول وحدها وبيع الأصول مع البطيخ ، حيث قال بالصحة في الأول : ومنع في الثاني وكيفما قدر فالصحيح ما فهم من كلام العراقيين من اطلاق الصحة في الموضعين ، وفي كلام الشافعي في المختصر ما يمكن التمسك به في ذلك .

(الحالة الرابعة) أن يبيع البطيخ وحده دون أصوله ، فان كان قبل بدو الصلاح لم يصح ، وان كان بدا الصلاح في كله أو بعضه نظر - ان كان يخاف خروج غيره - فلا بد من شرط القطع ، فان شرط فلم يقطع ففي الانفساخ للبيع قولان يأتي نظيرهما ان شاء الله تعالى . وقال ابن الرفعة : قد يقال : ان ذلك ظاهر على قولنا : ان الاختلاط اذا حصل يبطل البيع ، أما اذا قلنا : لا يبطل فيصح هنا . والفرق بين ذلك وبين توقع التلف أن المالية هناك تذهب كما يشير اليها الخبر ولا كذلك هنا . وان كان لا يخاف خروج غيره جاز من غير شرط القطع . والباذنجان والقثاء والخيار ونحوه كالبطيخ في الأحوال المذكورة ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان بدا صلاحها جاز بيعها بشرط القطع لحديث ابن عمر رضى الله عنهما ولأنه اذا جاز بيعه بشرط القطع قبل بدو الصلاح فلأن يجوز بعد بدو الصلاح أولى ويجوز بيعها مطلقا للخبر . ولأنه أمن من العاهة فجاز بيعها مطلقا كسائر الأموال ويجوز بيعها بشرط التبقية الى الجذاذ للخبر . ولأن اطلاق البيع يقتضى التبقية الى أوان الجذاذ . فاذا شرط التبقية فقد شرط ما يقتضيه الاطلاق فجاز) .

(الشرح) القسم الرابع من الأقسام المتقدمة . وان شئت قلت : الثانى أن يبيع الثمار بعد بدو الصلاح فانه يجوز مطلقا . وقسمه الأصحاب أيضا باعتبار شرط القطع والتبقية والاطلاق الى ثلاثة أحوال لأحكام تترتب على ذلك :

(الحالة الأولى) أن يبيعها بشرط القطع فهذا جائز اجماعا ، ومن ادعى الاجماع فيه الماوردى ، ومستنده اما مفهوم حديث ابن عمر وثبته من الأحاديث المتقدمة المتضمنة النهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، فان مفهوم الغاية يقتضى جواز بيعها عند بدو الصلاح ، عند القائلين بالمفهوم ، وأما زوال الحالة المقتضية للتحريم . فيرجع الى أصل حل البيع عند من لا يقول بالمفهوم . وهذا لا بد من الاعتضاد به . فان فى التمسك بالمفهوم فى الأحوال الثلاثة بحثا من جهة أن المفهوم له عموم أو لا . قال شارح البرهان فى أصول الفقه : ان استند المفهوم الى طلب فوائد التخصيص لم يعم . وان استند الى أن ذلك من جهة اللفظ عم ، وعزى الأول الى الشافعى . لكننا قدمنا عن الشافعى ما يقتضى خلاف ذلك ، فان صح ما قدمناه عن الشافعى اتجه استدلال المصنف على مذهبه فى الخبر فى الحالتين ، ولا احتياج الى الاعتضاد بالأصل المذكور والقياس الذى ذكره المصنف رحمه الله تعالى على ما قبل بدو الصلاح ، وقد تقدم الكلام فى البيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح ، والله أعلم .

وفى هذه الحالة هل اذا شرط القطع يجب ؟ قد تقدم فيما قبل بدو الصلاح أنه يجب ، ولو تراضيا على الترك جاز ، وكذلك يأتى

ههنا بطريق أولى ، قال الامام : ولا شك أن هذا يعنى جواز البيع بشرط القطع بعد بدو الصلاح مطرد في ابتياع الشجرة على شرط القطع من المغرس ، وابتياع البناء كذلك •

(الحالة الثانية) أن يبيعها مطلقا فيجوز أيضا بلا خلاف للخبر ، وقد تقدم ما في ذلك ، وبالقيااس الذى ذكره المصنف ، قال الشافعى رضى الله عنه والأصحاب : وفي هذه الحالة للمشتري تركها الى أوان الجذاذ : وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : يجب على المشتري قطعها في الحال بناء على أصله في أن اطلاق العقد يقتضى القطع • واطلاقه عندنا يقتضى التبقية بالعرف وبقوله صلى الله عليه وسلم في بيع الثمرة قبل بدو الصلاح : « أرأيت اذا منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » قال القاضى أبو الطيب : هذا التعليل يدل على أن بيع الثمرة مطلقا يوجب تبقيتها الى أوان البلوغ • لأنه لو وجب قطعها في الحال لم تكن تعرض للجائحة والتلف • وقال الحنفية : ان هذا كمن قال : بعثك هذا بألف ولم يتعرض لدرهم ولا لدنانير • وكانت قيمته في العرف ألف درهم • فالعرف يقتضى أن العاقد لا يشتره بألف دينار ، ومع ذلك العقد باطل •

وأجاب أصحابنا بأن في العرف من أطلق الألف اتكالا على العرف ينسب الى الجهل • ومن اشترى ثمرة ولم يتعرض للإبقاء وطمع في الإبقاء لا ينسب الى الجهل ولا يعد مقصرا بتركه •

(الحالة الثالثة) أن يبيعها بشرط التبقية فيصح عندنا • وبه قال محمد بن الحسن ومالك وأحمد وداود وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : لا يصح تمسكا بأن ذلك ينافى مقتضى هذا العقد الخاص للتبقية • وعن الثانى بما اذا اشترى دارا وللبائع فيها متاع فانه ينقله على حسب العادة • وتمسك المصنف وأصحابنا في ذلك بالخبر ومفهوم الغاية فيه • وقد تقدم ما في ذلك لاسيما وأبو حنيفة ينكر مفهوم الغاية • وان اعترف به بعض المنكرين للمفهوم • والتمسك بالقيااس مبنى على اقتضاء العرف لذلك ، والله عز وجل أعلم •

(فرع) أطلق المصنف أنه اذا بدا صلاحها جاز بيعها • ومراده بذلك أن المنع الذى كان قبل بدو الصلاح يرتفع فيجوز البيع بشروطه

المذكورة في مواضعها فالشعير يجوز بيعه لأنه مشاهد في سنبله • وكذلك كل ثمرة بارزة كالفتحاح والمشمش والخوخ والكمثرى ، أو زرع بارز حبه في غير كمام ، كالشعير والذرة • وكذلك ما كان مستورا بقشرة واحدة ومصلحته في بقاءه فيها كالرمان والباذنجان والأرز على خلاف فيه • وأما ما عليه قشرة يتحفظ بغيرها كالقطن والسمسم والعدس • أو قشرتان أما كالفسق والبندق والجوز • وأما كالباقلاء واللوز الرطب فلا يجوز • وقد ذكر المصنف بيع الباقلاء وبيع الحنطة في سنبلها في باب ما نهى عنه من بيع الغرر • فلا حاجة الى إعادة شرحه ، والله أعلم •

وما أشرت اليه من المعنى بقولى ان المنع الأول ارتفع يبدو الصلاح ، جواب على تمسك الخصم بالمفهوم • وان قلنا : ان له عموماً ، فإنه يقتضى ارتفاع ذلك النهى • أما ارتفاع النهى بسبب آخر فلا • كقوله : « ألا لا توطأ حامل حتى تضع » نهى اذا وضعت يرتفع النهى الذى لأجل النسب ، ويبقى النهى لأجل ، الذى « حتى تغتسل »

(فروع) قال القاضى حسين : بيع الزرع وحده ان كان بذرا لم يصح على الصحيح ، وقصيلاً جاز بشرط القطع • أو بعد الاستداد بارزاً كان كالشعير والجاورش والدخن • أو متسبلاً في كمام فقولاً بيع الغائب • فان باع الأرض مع الزرع — فان كان أخضر — صح فيها • أو مشتد الحبات بارزاً فكذلك • أو مستتراً — فان أبطلنا البيع فيه عند الانفراد — بطل ههنا فيه • وفى الأرض قولاً تفريق الصفة ، وان صححنا فيه فرداً ولكن ثبت خيار الرؤية فههنا قولاً الجمع بين مختلفى الحكم •

(فروع) قصب السكر صلاحه في بقاءه في قشره ، كالجوز في قشره ، في قشره الأسفل ، وقد صرح الماوردى بجواز بيعه اذا بدت فيه الصلواة ، قال ابن الرفعة : ولولا جواز بيعه في قشره لما جاز بيعه عند بدو صلاحه ويبقى الى أوان قطعه •

(فروع) الكتان اذا بدا صلاحه ، قال ابن الرفعة : يظهر جواز بيعه ، لأن ما يغزل منه ظاهر مرئى والشاش في باطنه كالنوى في التمر

ونحوه ، لكن هذا لا يتميز في رأى العين بخلاف التمر والنوى ، والله أعلم •

(فرع) البقل اذا بيع مع الأصول قال الغزالي : لا يشترط القطع ، فانه لا يتعرض لعاهه ، وقال صاحب التهذيب : لا يجوز بيع المقت والبقول في الأرض دون الأرض الا بشرط القلع أو القطع . سواء كان مما يجذ مرارا أو لا يجذ الا مرة واحدة ، غير أنه اذا باع ما يجذ مرارا بشرط القطع لا يجوز قلعه ، لأنه لم يملك الأصل ، وما لم يجذ الا مرة واحدة يجوز ، وقال القاضي حسين : اذا باع أصل الكراث مع الكراث صح ، ويؤمر بالقلع ، ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح ، ويكون بيع الغائب ، ولو باع الأرض التي فيها الكراث أو الرطبة فأصولها تدخل في العقد كأصول الأنسجار ، وما ظهر لا يدخل ويؤمر بالبائع بجذّه في الحال ، وكذلك القصب الفارسي وما يتكرر قطعه حكمه حكم الكراث •

والفرق على رأى الغزالي بين البقل حيث قال : انه لا يجوز بيعه بأصوله الا بدون شرط القطع ، وبين البطيخ حيث قال : انه لا يجوز بيعه مع أصوله الا بشرط القطع أن ما ظهر من أصول البطيخ هو الذي تتكرر ثمرته دون ما بطن من عروقه ، ولهذا اذا قطع الظاهر لم يخلف ، واذا كان كذلك فالآفة متعرضة لما ظهر من أصوله كتعرضها لنفس البطيخ ، ولهذا يؤثر فيها الحر والصقيع ونحوهما كما يؤثر في البطيخ ، فلذلك استويا في الحكم ، ولا كذلك ما يخلف من أصول البقول ونحوه ، فانه الذي في الأرض ولا يخشى عليه تلك الآفات التي تخشى على أصول البطيخ ، والله أعلم •

وان بيع البقل دون الأصول ، قال الغزالي : يدل على القطع ، يعنى لأن العرف يقتضيه ، ولا يحتاج الى شرط القطع بخلاف الزرع الأخضر ، فان العرف فيه الابقاء لو لم يشترط القطع ، ومن الناس من رأى التسوية في ذلك واعترض على الغزالي في كلامه بأن شرط القطع في ذلك ليس بواجب . قال ابن الرفعة : والأشبه أنه ان لم ينته الى الحالة التي يجذ فيها فلا يجوز بيعه الا بشرط القطع ، وان انتهى

جاز ، وعليه يحمل كلام الغزالي : وظاهر نصه في الأم يدل على ذلك .

(فروع) فان باع الثمرة بعد بدو الصلاح مع الأصول والزرع بعد أن اشتد حبه مع الأرض نظرت - فان كانت الثمرة ظاهرة أو كان الزرع كالشعير والذرة ونحوها والقطن إذا ظهر جميعه - جاز لأنه مبيع مشاهد ، وان كانت الثمرة غير ظاهرة كالجوز واللوز والرانج في قشره وكان الحب غير ظاهر كالحنطة والفلول والحمص وما أشبهه (فان قلنا) يجوز بيعها مفردا جاز مع الشجر والأرض (وان قلنا) لا يجوز لم يصح البيع فيها لأنه مبيع مجهول مقصود في نفسه وهل يصح البيع في الشجرة والأرض يبنى على القولين في تفريق الصفقة (فان قلنا) لا تفرق أو تفرق ولكن يجوز بالقسط بطل في الجمع (وان قلنا) يجوز بكل الثمن صح البيع في الشجر والأرض ، وللمشتري الخيار بين أن يمسك الأصل بجميع الثمن ، وبين أن يردده ويأخذ ما دفع وقد تقدم هذا التفصيل كله في بيع الزرع من كلام الماوردي .

(فروع) في مذاهب العلماء . وافقنا مالك وأحمد على جواز البيع بشرط التبقية بعد بدو الصلاح . وقال أبو حنيفة : لا يجوز . واحتج له بأنه بيع واجارة مجهولة فأشبهه اشتراط ترك القماش في الدار (قلنا) الشجرة لا تؤجر . ولا أجرة لها بخلاف الدار .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها . فان كان رطباً بأن يحمر أو يصفر وان كان عنباً اسود بأن يتموه وان كان أبيض بأن يرق ويحلو ، وان كان زرعاً بأن يشتد وان كان بطيخاً بأن يبدو فيه النضج ، وان كان قثاءً بأن يكبر بحيث يؤخذ ويؤكل ، والدليل عليه ما روى أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم : « نهى عن بيع الحب حتى يشتد ، وعن بيع العنب حتى يسود ، وعن الثمرة حتى تزهي » وروى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم : « نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم ») .

(الشرح) أما حديث أنس فروى البخارى منه أن النهى عن بيع الثمرة حتى تزهى ، وفى رواية ثمر النخل ، وروى الترمذى منه النهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد ، وقال : حسن غريب لا يعرفه مرفوعا الا من حديث حماد بن سلمة ، وروى البيهقى الجميع كما ذكر المصنف ، لكن قدم ذكر الثمرة على الحب والعنب (وأما) حديث جابر فرواه البخارى ومسلم رحمهما الله ، ولفظهما : « عن بيع الثمرة حتى تطيب » وعندهما فى رواية أخرى . واللفظ للبخارى رضى الله عنه : « أن تباع الثمرة حتى تشقق ، فقليل وما تشقق ؟ قال : تحمار وتصفار ويؤكل منها » وعند مسلم فى رواية : « وعن بيع الثمرة حتى تطعم » كما ذكرها المصنف فإذا أردت عزو حديث جابر الذى فى الكتاب على الاطلاق قل : رواية مسلم ♦

وقوله : يتموه قال ابن أبى عمرو : يدور فيها الماء الحلو ، ويصفو لونها ، وقوله : يشتد أى يصلب ويقوى ♦ وقد تقدم ذلك ، وقوله : حتى يطعم — بضم الياء وكسر العين — ويقال — بفتح العين — وضبطه ابن البدرى أنه — بفتح التاء والعين — أيضا وهى خطأ قال : معناه حتى تصير طعما ، وقيل : تبلغ حين تطعم ، وقد ورد فى الصحيح من حديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع النخل حتى يزهو ، وعن السنبل حتى يبيض » ولا تنافى بين هذا وبين حديث أنس المتقدم أنه نهى عن بيع الحب حتى يشتد ، لأن وقت اشتداده وقت مبادئ بياضه ♦

(أما الأحكام) فقد اختلف الناس فى تفسير بدو الصلاح ، فروى عن ابن عمر أن « بدو الصلاح فى الثمر بطلوع الثريا » وقد تقدم ذلك فى الحديث عنه ، وحكى عن عطاء وجماعة أن بدو الصلاح أن يوجد فى الثمرة ما يؤكل قليل أو كثير ، قال ابن المنذر : وروينا ذلك عن ابن عمر وابن عباس ، وروى عن النخعى أن بدو الصلاح بقوة الثمرة واشتدادها ، وعندى أن ذلك ليس باختلاف محقق يرجع الى معنى ، وكان ابن عمر انما أطلق طلوع الثريا لأنه أوان طيب الثمرة غالبا عندهم فى ذلك الوقت ، فتباين الألفاظ عن العلماء فى ذلك لا ينبغى أن يعتمد عليه فى اثبات اختلاف ، ومذهبنا أن بدو الصلاح

يرجع الى تغير صفة في الثمرة : وذلك يختلف باختلاف الأجناس وهو على اختلافه راجع الى شئ واحد مشترك بينهما وهو طيب الأكل وفي ذلك جمع بين الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فان حديث أنس اعتبر الاستداد في الحب والاسوداد في العنب والزهو في الثمرة ، وحديث جابر دل على اعتبار الطعم في الثمرة ، وهي تشمل العنب وغيره ، فيكون اعتبار الاسوداد وشبهه لأنه وقت للطعم لا لعينه : فلذلك قال في الحديث : حتى تطيب ، قال الأصحاب : ولا يصح ضبطه بطولع الثريا ، لأن من البلاد ما يتأخر فيه صلاح الثمر ، أو يتقدم ، بل البلد الواحد قد يتعجل في عام ، لاستداد الحر ودوامه ، ويتأخر في آخر لاستداد البرد ودوامه ، وظلوع الثريا لا يختلف ، لأنها تطلع بعد ثمانية عشر يوما من بشنس^(١) قالوا : وكذلك اعتباره بالأكل لا يصح ، لأن ثمار النخل تؤكل طلعا وبلحا ، والكرم يؤكل حصرما ، وليس ذلك صلاحا له ، ولا يصح اعتباره بالقوة ، لأن قوة الثمرة قبل صلاحها ، وإذا صلحت لانت ونضجت .

وقد أشار الشافعي رضى الله عنه الى اختلاف بدو الصلاح في أجناس الثمار بقوله : وللخربز نضج كنضج الرطب ، فاذا رأى ذلك فيه حل بيع خربزه^(٢) والقثاء تؤكل صغارا طيبا ، فبدو صلاحه أن ينتهى عظمه أو عظم بعضه .

(واعترض) عليه أبو بكر بن داود بأنه اما أن يكون الشافعي رضى الله عنه أراد أن يعلمنا أنه يحب القثاء ، فلا فائدة في ذلك . أو أن يعلمنا المحسوسات ولا يجوز أن يعلم الناس ذلك ، لأنهم يعلمونه ضرورة .

(وأجاب) الأصحاب بأن الشافعي قصد بهذا القول أن يفرق بين ما طعمه في الابتداء مخالف لما يكون في النهاية ، وأن القثاء

(١) بشنس ، بفتح الباء والشين بعدهما نون وسين ساكنتان من الشهور القبطية وهى أدق الشهور واضبطها بالسنة للديار المصرية في الزراعة والمناخ وتقلبات الفصول . (المطبعي)

(٢) والخربز بكسر الخاء واسكان الراء وكسر الباء هو البطيخ عربى نصيح وقيل فارسى . (المطبعي)

بخلاف ذلك . لأنه في ابتدائه وصغره طعمه كطعمه في حال كبره ؛
بخلاف بقية الثمار ، فانها تكون في ابتدائها حامضة أو مرة ، ثم تصير
حلوة ، وأكثر الأصحاب لم يذكروا لبدو الصلاح ضابطا كما فعل
المصنف ، بل جعلوه مختلفا كما اقتضاه كلام الشافعي *

قال الماوردي : وجملة الثمار على ثمانية أقسام (أحدها)
ما يكون بدو الصلاح فيه باللون ، وذلك في النخل بالاحمرار
والاصفرار ، وفي الكرم بالحمرة أو السواد أو الصفار والبياض
(وأما) الفواكه المتلونة (فمنها) ما يكون صلاحه بالصفرة كالشمش
(ومنها) ما يكون بالبياض كالتفاح *

(قلت) : ومحل ذلك فيما يتلون عند الادراك بلون يخالف اللون
السابق ، وجعل القاضي أبو الطيب نوعا من التفاح يكون أخضر في
حال كماله كما يكون في صغره ، قال : فبدو الصلاح فيه بطيب طعمه
وحلاوته ، وكذلك جعل الشيخ أبو حامد العنب الأبيض ، وما قالاه
ظاهر *

(القسم الثاني) ما بدو صلاحه بالطعم ، فمنه ما يكون بالحلاوة
كقصب السكر ، ومنه ما يكون بالحموضة كالرمان ، فاذا زالت المرارة
بالحموضة أو الحلاوة فقد بدا صلاحه *

(القسم الثالث) ما بدو صلاحه بالنضج كالتين والبطيخ ، فاذا
لانت صلابته بدا صلاحه ، وهذا معنى قول غير الماوردي طيب^(١)
أو الحلاوة والعبارات الثلاث متقاربة ؛ فان ذلك يحصل في وقت واحد ،
وقال صاحب التتمة لما تكلم في البطيخ : الخيار والباذنجان حكمهما
حكم البطيخ ، الا في شيء واحد ؛ وهو أن بدو الصلاح فيهما ليس
أن يكبر ويتناهى ، لأنهما لا يؤكلان في تلك الحالة ؛ ولكن أن يصير

(١) كذا بالأصل ولعل العبارات الثلاث المشار إليها توضح لنا صحة
السياق بما يلي وهذا معنى قول غير الماوردي . طيب الرائحة أو اللون
أو الحلاوة .. الخ . (المطيعي)

الى الحد الذى يقصد تناوله فى تلك الحالة فى العرف والعادة . فاذا كان فى جملة الحفقة واحدة قد بلغت الحد فهو وقت اباحة بيعه •

(الرابع) ما بدو صلاحه بالقوة والاشتداد ، كالبر والشعير ، فاذا بدت قوته واشتد بدا صلاحه •

(الخامس) ما بدو صلاحه بالطول والامتلاء كالعلف والبقول والقصب ، فاذا تنهى طوله وامتلاؤه الى الحد الذى يجذ عليه ، بدا صلاحه ، هكذا قال الماوردى ، وسنذكر فى آخر الكلام فرعا عن الامام فى القرط ، وما فى معناه من البقول ، يخالف ذلك ، وما قاله الماوردى أولى لما سنذكر ، ونص الشافعى يدل لما قاله الماوردى ، والماوردى فى اجازته بيع البقول اذا بدا صلاحها من غير شرط القطع تابع للصيمرى •

وقال ابن الرفعة معتذرا عن الماوردى فى ذلك : ان القصب اذا انتهى الى تلك الحال لا يبقى عرفا ، بل العرف قطعه ، فاكتفى به كما اكتفى به فى التبقية فى الثمرة لعدم^(١) وهذا الاعتذار يقتضى أن القطع واجب وانما يترك شرطه اكتفاء بالعرف فى ذلك ، قال : وفائدة ذلك أنه لو انتهى بعضه الى هذا الحال جاز بيع جميعه من غير شرط القطع ، واستحق التبقية فى الباقي الى أن وان قطعه •

(السادس) ما بدو صلاحه بالعظم والكبر كالقثاء والخيار والباذنجان •

(السابع) ما بدو صلاحه بانشقاق كمامه كالقطن والجوز ، فاذا تشقق جوز القطن وسقطت القشرة العليا عن جوز الأكل بدا صلاحه ، ومقصود الماوردى من هذا أنه اذا تشقق بعضه جاز بيع المشتق منه وغير المشتق اذا نظمهما العقد وغيره كما تقدم ، وليس مراده أن يجوز بيعه قبل التشقق بشرط القطع ، لأن ذلك ممتنع لانتشاره ، وانما سبق الكلام فى المعنى الأول •

(١) بياض بالأصل ولعل السقط الشرط ، او الضرر ، او بدو الصلاح •
(المطيعى)

(الثامن) ما بدو صلاحه بانفتاحه وانتشاره كالورد والنيلوفر ،
فاذا تفتح المنضم منه وانتشر فقد بدا صلاحه ، وورق التوت بدو
صلاحه أن يصير كأرجل البط ، هكذا قال عطاء والنخعي ، وجملة
القول في بدو الصلاح أن تنتهي الثمرة أو بعضها الى أدنى أحوال
كمالها ، هكذا كلام الماوردي الا ما في ضمنه مما حكيناه عن غيره ،
وما نقله في ورق التوت يوافق ما قاله صاحب التهذيب ، فانه قال :
ان يبيع أوراق الفرساد قبل تناهيها لا يجوز الا بشرط القطع ،
وكذلك قال القاضي حسين ، فلذلك رأى الرافعي أن يضبط حالة بدو
الصلاح في هذه الأشياء بصيرورتها الى الصفة التي تطلب غالباً
لكونها على تلك الصفة ، وهو موافق للضابط الذي قاله الماوردي
وهو أسلم من ضابط الماوردي ، فان الكمال بالمنى المذكور في باب
الربا ليس مراداً ههنا واعتبار الماوردي أدنى الأحوال أحسن من
عبارة الرافعي فانه قد تكون الصفة المقصودة منه غالباً نهاية تلك الحالة
أو وسطها ، ولا يعتبر في بدو الصلاح الا أولها ، فينبغي أن يزداد هذا
اللفظ في كلام الرافعي ليصير الضابط أوضح مع أنه صحيح بدونها ، فان
اللفظ منزل على ذلك •

وقد حكى الروياني عن القاضي أبي حامد أنه قال في جامعہ :
قد قيل ورق التوت يباع اذا خرج من كمامه ، وبه يبدو صلاحه ،
ثم نقل قول عطاء والنخعي المتقدم ، والله أعلم •

وقد ظهر لك بما ذكرته أن قول المصنف : وبدو الصلاح في الثمار
أن يطيب أكلها ، غير شامل لجميع أنواع بدو الصلاح ، اذ ليس
فيه ذكر الورق ، وكلام الشافعي رحمه الله تعالى في الأم مصرح باعتبار
بدو الصلاح في الحناء والكرسف والقصب ظاهر اللفظ يرد عليه القثاء
ونحوه فيجب أن يقال المراد ابتداء أكله المعتاد (فان قيل :)
المبسر ليست العادة أن يؤكل في أول احمراره أو اصفراره ، بل يؤخر
الى تناهيه : ومع ذلك بدو الصلاح فيه أن يحمر ويصفر ، كما صرح
به الحديث ونص الشافعي ، قال امام الحرمين : بين بدو الصلاح
وبين الادراك وأوان القطف قريب من شهرين ، يعني فلاجل ذلك
لا يشترط الغاية المطلوبة في الطيب (فالجواب) ما قاله الامام : فانه
أورد ما الذي أوجب الفرق بين القثاء والثمار ؟ وأجاب بأن

لا فرق . فان الزهو اذا ابتدأ الناس فى الأكل . وقد يعقب تأخر الملمح الى تمام الادراك .

كذلك القول فى القثاء ، فان الصغار منه تبتدر ، ولكن عموم الأكل يتأخر ، والذي يتناهى صغره لا يؤكل قصدا الا أن يتفق على شذوذ ، فرجع الحاصل الى طيب الأكل وابتداء الاعتقاد فيه ، فعلمة ذلك فى المتلونات التلون الى جهة الادراك ، وفيما لا يتلون القوة ونجريان الحلاوة فأشار الامام الى أن الذى لا يؤكل فى العادة أصلا كالقثاء فى حال تناهى صغره لم يبد صلاحه . والذي يؤكل فى العادة بدا صلاحه ، وللاكل فى العادة مراتب ابتداء ووسط وانتهاء والمعتبر ابتداءها وهو حاصل فى البسر بالاحمرار دون القثاء فى صغره . وادخال المصنف الزرع فى أصناف الثمر ، يشهد له قول الله تعالى : «كلوا من ثمره اذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده» (١) وكل ما ذكر المصنف واضح مما ذكرته الا قوله : ان صلاح العنب الأسود بأن يتموه ، والذي حكىته فيما تقدم من كلام الماوردى ، وهو الموجود فى كلام الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب ، أن صلاح العنب الأسود باسوداده وفى كلام الماوردى أن الصلاح فى الكرم بالتموه الى الحمرة أو السواد ، والله أعلم .

وقول المصنف رحمه الله تعالى فى القثاء : حيث يؤخذ ويؤكل ، تنبيه على أن امكان الأكل موجود فيه من قبل ، ولكنه لا يؤخذ للاكل فى العادة ، وفى معنى القثاء الخيار والباذنجان ، كما صرح به الرويانى ، قال : وفى الرمان بالحموضة أو الحلاوة وزوال المرارة وفى الورد الانفتاح والانتشار .

(فرع) اذا باع أوراق الفرصاد مع الأغصان — فان بلغ نهايته — جاز من غير شرط ، ثم ان كانت المقاطع معلومة فذاك ، والا بأن يترك على الشجر سنة أو أكثر لم يجز ما لم يبين موضع القطع ويعلم عليه علامة ، وكذلك اذا باع الأوراق وحدها قبل نهايتها بشرط القطع ، ولكن لا تقطع الأغصان معها ، قال ذلك القاضى حسين .

(١) الانعام : ١٤١ .

(فرع) قال الشافعى والأصحاب : اذا بدا صلاح ما خرج من القثاء والبطيخ لم يجز بيع ما لم يخلق منه تبعا لما خلق ، ووجب افراد العقد بالموجود ، وقال مالك : يجوز بيع ما لم يخلق تبعا لما خلق ، لأن الحادث يختلط فدعت الضرورة الى بيعه قبل وجوده تبعا ، وهى دعوى ممنوعة ، قال بعض الأصحاب : وطريق تحصيل ذلك أن يشتري هذا الشجر مع ثمرته ، وبدونها ، بشرط القطع ، ويستأجر منه الأرض سنة أو سنتين فلا يملك مطالبته بالقطع .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يجوز أن يستثنى الثمرة مدا ، وقسم الأصحاب الاستثناء فى البيع الى أربعة أقسام :

(الأول) أن يكون الاستثناء معلوما والمبيع بعده معلوما وهذا على ضربين مشاع ومحرز ، فالمحرز : بعتك ثمرة هذه الحائط الا ثمرة هذه النخلات المشر بعينها ، فهذا جائز بالاتفاق ، والمشاع : بعتك ثمرة هذه الحائط الا ربعها صحيح أيضا ، ويكون المبيع ثلاثة أرباعها مشاعا ، وقال الأوزاعى : باطل ، لأنه بيع على شرط الشركة .

(والقسم الثانى) أن يكون الاستثناء مجهولا ، والمبيع بعده مجهولا ، وهو ضربان مشاع ومحدد فالمشاع كقوله : بعتك هذه الثمرة الا قوت سنتى أو قوت غلمانى ، باطل اتفاقا ، وما ورد من ذلك عن ابن عمر رضى الله عنه محمول على أنه كان معلوما ، والمحدد كبيع الثمرة الا عشر نخلات منها لا بعينها فهو باطل ، وقال مالك رحمه الله تعالى : ان كان قدر ثلث الثمرة فما دون جاز ، وكان له عشر نخلات وسط .

(والقسم الثالث) أن يكون الاستثناء معلوما والمبيع بعده مجهولا ، كقوله : بعتك هذه الثمرة الا صاعا منها فهو باطل ، وقال مالك : جائز .

(والقسم الرابع) أن يكون الاستثناء مجهولا ، والمبيع معلوما ، كقوله : بعتك من هذه الثمرة مائة صاع ، والباقى لى ، فان علما أن فيها مائة صاع فصاعدا صح ، ان أمكن كيل الثمرة : وبطل ان لم يمكن كيلها ، ولا يصح الخرص فيها ، لأن البيع بالخرص

لا يجوز ، لأنه تخمين وحدث ، وإنما يجوز في حق المساكين لأنه مواساة (قلت :) الصحيح في العرايا انه لا يختص بالمساكين ، والله أعلم . وان لم يعلم أن في الثمرة مائة صاع كان البيع باطلا للجهل بوجود المبيع ، فلو كيلت من بعد ، فكانت مائة صاع فصاعدا لم يصح البيع بعد فساد ، قال ذلك الماوردي وغيره من الأصحاب ، ذكر الفرع ولكن لم يستوعبوا هذه الأقسام مبسطة كاستيعابه ، والله أعلم .

(فرع) اذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف درهم الا ما يخص ألفا منها ، قال الشافعي والأصحاب : يكون الاستثناء صحيحا لأن ما يخص ألفا منها هو ربع الثمرة ، فان قال : الا ما يخص قيمة ألف منها بسعر اليوم لم يصح ، لأنه غير معلوم ، هكذا قرئ القاضي أبو الطيب المسألة ، وهو غير ظاهر ، وقال الماوردي فيها : ان كان الاستثناء بسعر ما باع صح وان كان بسعر يومه لم يجز ، ومراده ما قاله أبو الطيب ، وكلام أبي الطيب أبين وأحسن .

(فرع) قال : اشتريت منك هذا الثوب بهذه الدراهم الا خمسة دراهم لم يجز ، قاله الروياني ، ولو قال : بعثك قفيزا من هذه الصبرة الا مكوكا جاز ، لأنهما معلومان ، قاله الروياني .

(فرع) قال : بعثك ثمرة هذا النخل الا النوع المعقلى ، فان شاهد المعقلى المستثنى وعلم قدره صح البيع ، وان جهلاه فسد . قاله الماوردي .

(فرع) باع ثاة واستثنى سواقطها ، قال في الصرف : لا يصح : وكذا اذا قال الا رأسها ويديها ، ولا فرق بين أن يكون البيع لمسافر أو لحاضر ، أو يكونا حاضرين أو مسافرين ، وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك في حق المسافر : يجوز ، قاله القاضي أبو الطيب .

(فرع) باع قطنا واستثنى حبه . أو سمسما واستثنى كسبه . أو ثاة واستثنى جلد ، كان البيع في هذا كله باطلا ، قاله الماوردي .

(فرع) بيع الثمرة وفيها قدر الزكاة مذكور في (١) ولكن يذكر هنا ما يتعلق بهذا المكان وهو أنه لو قال : بعثك الثمرة الا مقدار الزكاة يصح بشرط أن نذكر قدر الزكاة في البيع ، أهو العشر ؟ أو نصف العشر ؟ وقال مالك : يكتفى بالعلم به شرعا عن ذكره ، ورده أصحابنا ، فان أراد أن يدفع قدر الزكاة من غير تلك الثمرة ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ، لأنه يحل محل البائع (والثاني) لا ، لأنه كالوكيل ، فان استهلك المشتري الثمرة رطباً ففيما يطلب به من حق الزكاة وجهان (أحدهما) العشر تمرأ على الوجه الذي يجبر له دفع الزكاة من غيرها ، فيكون ذلك ضماناً لعشرها تمرأ (والثاني) يطلب بقيمة عشرها رطباً على الوجه الذي يمنع دفع الزكاة من غيرها • فعلى هذا ان نقصت قيمة عشرها رطباً عن قيمة عشرها تمرأ ففي الرجوع على البائع يفصل ما بينهما وجهان مخرجان من أن الزكاة وجبت في الذمة أو في العين ؟ فعلى الأول يرجع • وعلى الثاني لا يرجع عليه لزوال يده عن عين • قال ذلك الماوردي : ولعل ذلك مفروض فيما اذا أمر البائع المشتري بأداء الزكاة ، وكذلك قاله الروياني نقلاً عن الماوردي •

(فرع) الزرع الذي يخلف كالقرط وما في معناه من البقول يكون متزايداً أبداً • لا وقوف له فاذا بيع منه جذة فلا بد من شرط القطع • ولا ينظر في هذا القسم الى ما يقع في زمن العاهات ولا الى طيب الأكل لأجل الاختلاط • قاله الامام • وقد تقدم عن الماوردي ما يخالفه وقول الامام : انها لا تزال متزايدة يمنع فان فرض كذلك فالأمر كما قال ، كما سيأتى في كلام المصنف في بيع الثمار الذي يعلم اختلاطها •

(فرع) اذا اشترى الزرع الذي لا يخلف ، اما بعد بدو الصلاح ، واما قبله شرط القطع ، وقد ضنفت تبقيته اما بعد بدو الصلاح واما قبله باتفاقهما : فالزيادة التي تحصل في الزرع للمشتري بالاتفاق ، كنمو الثمرة الى وقت اتفاق القطع وليست كزيادة الزرع المخلف • قاله الامام • والزرع الذي لا يخلف لو قطع يملك المشتري ظاهره ،

وعروقه المستترة بالأرض • قاله الامام (قلت :) فيجىء على ذلك أنه اذا حمى وكانت عروقه تضر بالأرض كالذرة ، يجب على المشتري قلعها وتسوية الحفر الحاصلة بسببها كما تقدم ، مثله اذا اشترى الأرض فانه يجب على البائع ذلك ، وان لم يضر بالأرض لم يجب كما تقدم أيضا • وسنذكر في مسألة اختلاط الرطبة عن صاحب التتمة ما يخالف ما قاله الامام هنا ان شاء الله تعالى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان وجد بدو الصلاح في بعض الجنس من حائط جاز بيع [ذلك] الجنس كله في ذلك الحائط ، لأننا لو قلنا : لا يجوز الا فيما بدا صلاحه فيه ، أدى الى المشقة والضرر بسوء المشاركة ، ولا يجوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من جنس آخر وما لم يبد فيه الصلاح في ذلك الجنس من حائط آخر ، لأن المنع من ذلك لا يؤدي الى الضرر بسوء المشاركة ، فان بدا الصلاح في بعض الجنس في حائط ، فباع منه ما لم يبد فيه الصلاح مفردا من غير شرط القطع ، ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ، لأننا جعلناه في حكم ما بدا فيه الصلاح فجاز افراده بالبيع (والثاني) لا يجوز لأنه انما جعل في حكم ما بدا فيه الصلاح تبعا لما بدا فيه الصلاح ، وما أجز بيته تبعا لغيره لم يجز افراده بالبيع كالحمل) •

(الشرح) في هذه الجملة ثلاث مسائل (احداها) قال الشافعي رضى الله عنه والأصحاب : اذا بدا الصلاح في بعض الثمرة جاز بيع جميعها ، وذلك أن الله تعالى أجرى العادة بأن الثمار لا تطيب دفعة واحدة رفقا بالعباد ، فانها لو طابت دفعة واحدة لم يكمل تفكيهم بها وانما تطيب شيئا فشيئا • ولو اشترط في كل ما يباع طيبه في نفسه لكان فيه ضرر ، فان العذق الواحد يطيب بعضه دون بعض • والى أن يطيب الأخير يتساقط الأول فكان يؤدي الى أنه اما أن لا يباع : واما أن يباع حبة حبة • وفي كلا الأمرين حرج ومشقة وقد قال تعالى : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » (١)

وقال صلى الله عليه وسلم : « بعثت بالحنيفية السمحة » وذكر الشافعى رضى الله عنه فى الأم عن عطاء فى الحائط تكون فيه نخلة فتترهى . والحائط بلح : قال : حسبه اذا أكل منه فليبيع ولا أعلم بين العلماء خلافا فى أنه لا يشترط الصلاح فى جميع المبيع ، وانما اختلفوا فى مقدار ما يضبطونه به ، ومذهبنا أنه يكفى بدو الصلاح فى نخلة واحدة ، بل فى بسرة واحدة ، ولا خلاف أن غير النخل من الشجر حكمه حكم النخل .

اذا عرفت هذه الجملة فقد قال الأصحاب : اذا بدا الصلاح فى بعض الثمرة دون بعض — نظر ان اختلف الجنس — لم يكن بدو الصلاح فى أحد الجنسين صلاحا فى الجنس الآخر ، حتى لو باع الرطب والعنب صفقة واحدة ، وبدا الصلاح فى أحدهما دون الآخر وجب شرط القطع فى الجنس الذى لم يبد فيه ، لا خلاف فى ذلك عندنا ، وقال الميث بن سعد : يجوز ، ويكون ذلك صلاحا لجميع أجناس الثمار فى ذلك البلد . وان اتحد الجنس والنوع والبستان والصفقة والملك جاز البيع من غير شرط القطع بلا خلاف .

وان اختلف ثىء من هذه الأشياء ففيه صور (الأولى) أن يختلف النوع كالمعتلى والبرنى . فيبيع النوع الذى بدا صلاحه ، والنوع الذى لم يبد صلاحه من جنسه فى ذلك البستان صفقة واحدة ، وفيه وجهان مشهوران فى طريقتى العراقيين ، والخراسانيين ، كالوجهين فى نظير ذلك فى التأبير (والأصح) عند الرافعى التبعية ، وأن حكمه وحكم التأبير واحد ، وذلك مقتضى اطلاق المصنف رحمه الله تعالى ، وهو قول ابن خيران وأبى على الطبرى على ما حكاه أبو الطيب عنهما ، وبه جزم البندنجى فيما نقل عنه ، وهو الذى نص عليه الشافعى على ما حكاه أحمد بن بشرى عن الاملاء أنه قال فيه : اذا كان فى حائط برنى وعجوة وصيحانى فبدا صلاح الجنس جاز بيع الجميع .

(وأما) قوله فى الصرف : فان كان نخلا وعنبا أو غيره ، وبدا صلاح صنف منه فلا يجوز أن يبيع واحدا منهما بحاله ، فلا يناهيه . فان معنى هذا أن يفرد بالبيع ، ومعنى الأول أن يبيع الأصناف جملة ،

فهذا النص المنقول عن الاملاء صريح لا يقبل انتاويل . لكن القاضى
أبا الطيب قال ان الصحيح الذى ذكره القاضى أبو حامد فى الجامع .
ونص الشافعى عليه فى البويطى . أنه لا يكون بدو الصلاح فى النوع
الآخر : لأنه قد نص أن الصلاح اذا بدا فى الثمرة الصيفية فانه
لا يكون بدوا له فى الثمرة الشتوية : فكذلك فى النوعين مثله سواء .

(قلت :) ولا حجة فى هذا لأن الثمرة الشتوية والصيفية
يختلفان فى الوقت اختلافا ظاهرا بعيدا والنوعان من الثمرة الواحدة
متقاربان غالبا . نعم ان فرض نوعان أحدهما شتوى والآخر صيفى .
فينبغى أن يكون الأمر كما قال القاضى أبو الطيب ، فانا انما نعتبر
بدو الصلاح لكونه وقتا يغلب على الخن فيه أمنها من العاهة ، ولا شك
أن بين صلاح الشتوية والصيفية من الزمان ما لا يوثق بذلك فيه ،
وكلام الشافعى الذى قاله قال : وصلاح الثمرة اذا احمرت أو
صفرت فى الحائط نخلة واحدة فقد جاز بيعه وان كان بعضه شتويا
وبعضه صيفيا ، فلا يجوز الا أن يبيع كل واحد منهما على حباله ،
وظاهر هذا الكلام أنه فى الجنس الواحد ، وأما حملة على الجنسين
فبعيد .

واذا كان فى الجنس الواحد فلا وجه حينئذ بأن يقال بأن بعض
الأنواع تابع لبعض . وان كان بعضها شتويا وبعضها صيفيا . لمخالفة
نص الشافعى . فاما أن يقال : ان ذلك شاهد ، لأن اختلاف النوع
يؤثر فى قطع التبعية مطلقا كما قال القاضى أبو الطيب : واما أن
يقال : انه يفرق فى الأنواع بين ما يتقارب ادراكها فيحكم فيها بالتبعية .
وبين ما يتأخر فلا يحكم : بل لا ينظر الى اختلاف الأنواع ،
بل الى تفاوت الزمان : حتى لو كان نوع واحد معقلى مثلا : منه ما يكون
فى الصيف . ومنه ما يكون فى الشتاء . لا يجعل أحدهما تابعا للآخر
فى الصلاح : فهذا هو الأقرب لكلام الشافعى المذكور : والمعنى والفقه
يقتضيه كان المقصود هنا الأمن من العاهة كما تقدم التنبيه عليه .

فالحقول بأن اختلاف الأنواع لا أثر له وان اختلف الزمان ،
مخالف لنص الشافعى فى البويطى . والحاقة بالتأخير غير متجه لاختلاف
المدرک فى التأخير : والقول بأن اختلاف الأنواع مؤثر مطلقا مخالف لنصه

المنقول عن الاملاء ، وهذا الذى قلته يحسن أن يكون وجها ثالثا ،
وبه يحصل الجمع بين النصوص التى نقلت عن الشافعى : ويمكن
أن يحمل كلام الشافعى فى الصيفى والثستوى على الجنسين ان لم
يكن فيه ما يدفعه قال ابن أبى عسرون : وإذا كان فى البستان جنسان
يتباعد ادراكهما كالصيفى والثستوى ، وبدا صلاح الصيفى ، لا يتبعه
الثستوى ، والله تعالى أعلم •

ومن العجب أن ابن خيران اختار فيما إذا أبر بعض الأنواع
دون بعض أن غير المؤبر لا يتبع المؤبر ، واختار أن النوع الذى لم
يبد صلاحه يتبع الذى بدا صلاحه ، والقاضى أبو الطيب نقل ذلك عنه
فى المسألتين ، وهو مشهور عنه فى المسألة الأولى ، وقد قدمت الفرق
بين التأبير وبدو الصلاح واختلاف مأخذيهما ، فذلك لا تناقض بين
كلاميه : وقال القاضى أبو الطيب : انه ومن وافقه فى مسألة بدو الصلاح
استدلوا بأن هذه الأنواع تضم الى ما بدا صلاحه فى الزكاة ، فمتى
وجد منها وسقان ونصف ومن هذه التى بدا صلاحها وسقان
ونصف ، وجبت الزكاة ، قال : وهذا الذى ذكروه ينتقض بما نص عليه
الشافعى رضى الله عنه من الثمرة الشتوية مع الصيفية ، فانها لا
تتبعها فى بدو الصلاح : وان كانت تضم اليها فى الزكاة ، فاطلاق كلام
المصنف رحمه الله تعالى يقتضى أنه لا فرق بين أن يختلف النوع
أو لا ، ولا فرق بين أن يختلف الزمان أو لا ، وقد علمت ما فيه ،
والله أعلم •

وقول المصنف : ولا يجوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من
جنس آخر قد قدمت أن ذلك لا خلاف فيه عندنا ، وأن الليث بن سعد
خالف فيه : وردوا عليه بأنه يلزمه بيع العنب قبل أن يسود ، وهو
خلاف الحديث الصحيح •

(الصورة الثانية) أن يختلف البستان كما اذا بدا الصلاح فى
جنس فى بستان ، وله بستان آخر ، فيه من ذلك الجنس لم يبد فيه
الصلاح ، فباعهما صفقة واحدة فالمشهور من المذهب أنه لا يصح ،
وأن صلاح أحدهما لا يكون صلاحا للآخر ، وادعى القاضى أبو الطيب
أنه لا خلاف فيه ، وبذلك جزم الماوردى وجميع العراقيين ، ومال

الامام الى خلاف ما قالوه ، سيما اذا لم يتباعد ، وليس بينهما الا جدار ، ولأجل ذلك أثبت الغزالي في المسئلة وجهين أخذا من تفقه الامام : وتبعه الرافعي ، وظاهر نص الشافعي يشهد لما قاله العراقيون ، فانه قال في الأم : والحوائط تختلف بتهامة ونجد والسقيف ، فيستأخر ابار كل بلد بقدر حرها وبردها ، وما قدر الله من ابانها ، فمن باع حائطا منها لم يؤبر فثمرته للمبتاع ، وان أبر غيره لأن حكمه به لا بغيره ، ولذلك لا يباع منها شيء حتى يبدو صلاحه وان بدا صلاح غيره ، وسواء كان نخل الرجل قليلا أم كثيرا اذا كان في حظار واحدة وبقعة واحدة في غير حظار فبدا صلاح واحدة منه حل بيعه ولو كان الى جنبه حائط آخر له أو لغيره فبدا صلاح حائط غيره الذي هو الى جنبه لم يحل بيع ثمر حائطه بحلول بيع الذي الى جنبه •

هذا كلام الشافعي رضى الله عنه ، وهو صريح بعدم التبعية اذا اختلف البستان والملك وظاهر في عدم التبعية عند اختلاف البستان وحده ، وان كان قد اقتصر على قوله : حائط غيره . ففى كلامه المذكور مواضع ترشد الى اطراد الحكم في حائطه الآخر ، والله أعلم •

فاذا قلنا بالمشهور فباعها فيجب اشتراط القطع في الذي لم يبد صلاحه ، فان باعها على الاطلاق بطل فيما لم يبد صلاحه . وفي الذي بدا صلاحه قولاً تفريق الصفقة ، قاله الماوردي فأما اذا أفرد البستان الذي لم يبد صلاحه بالبيع وقد بدا الصلاح في الذي الى جانبه فقد تقدم أن كلام الرافعي رحمه الله يقتضى جريان خلاف فيه . ولم أقف عليه لغيره ، وصرح جماعة بالجزم بخلافه ، وقال الامام : انه رأى الطرق متفقة على خلافه ، وأن ذلك يشير الى ما ذكره العراقيون من اعتبار اتحاد البستان •

(الصورة الثالثة) أن تختلف الصفقة مع اتصاد البواقي ، كما اذا بدا الصلاح في نوع فباع من ذلك النوع في ذلك البستان ما لم يبد صلاحه منفردا من غير شرط القطع ، ففيه وجهان مشهوران في طريقتي العراقيين والخراسانيين ، وبعضهم يقول : قولان (أحدهما) يجوز من غير شرط القطع لما ذكره المصنف (والثاني) وهو الصحيح

عند القاضي أبى الطيب وابن أبى عصرون والرافعى أنه لا يصح ، ورتب
القاضى حسين هذين الوجهين على الوجهين فيما اذا جمع النوعين
صفقة واحدة (وان قلنا) هناك لا يستتبع فهنا أولى ، والا ففيه
وجهان • .

(فرع) قال : بعتك هذا بكذا ، وهذا بكذا ، فالظاهر أن الحكم
كذلك نظرا لتفصيل الثمن ، وجوز ابن الرفعة أن يأتى فيه وجه بالجزم
بالصحة ، كما هو وجه أيضا فيما اذا قال : بعتك هذا بدرهم ،
وأجرتك هذا بآخر ، فقال المخاطب : قبلتهما نظرا الى الجمع فى
القبول • .

(الصورة الرابعة) أن يختلف الملك مع اتحاد الجنس والنوع
والبستان ، قيل : يجوز لمن لم يبد الصلاح فى ملكه لأجل اتحاد
البستان ، فان طباعه واحدة ، وقد بدا الصلاح فى ذلك النوع فى
الجملة ، أو لا يجوز نظرا اليه فى نفسه ، فيه وجهان ، وقد علمت
فى الصورة الثالثة أن الصحيح عدم الصحة لأجل افراد ما لم يبد
صلاحه بالمبيع ، والمالك الواحد ، فهنا أولى بعدم الصحة قال
الرافعى رحمه الله تعالى : وقياس ذكر الوجهين هنا عند اتحاد
البستان واختلاف الملك أن يكونا فى التأبير كذلك ، وان لم يجر لهما
ذكر ، والظاهر أنه لا يعتبر فى الموضعين اتحاد الملك • .

(الصورة الخامسة) أن يختلف البستان والنوع مع اتحاد البواقي ،
فمقتضى كلام الرافعى اثبات خلاف فى ذلك ، ولم أره لغيره ، وكيفما
كان ، فالصحيح عدم التبعية عند تعدد البستان فعند تعدد البستان
والنوع أولى • .

(الصورة السادسة) أن يختلف البستان والنوع والصفقة ،
فيفرد النوع الذى لم يبد صلاحه من أحد البستانين : اعتمادا على
بدو الصلاح فى النوع الآخر ، من البستان الآخر الذى لم يبلغه
فمقتضى كلام الرافعى اثبات خلاف فيه أيضا ، ولم أره ، وهو فى غاية
البعد وقال الامام : انه لم يختلف علماؤنا فيه فلا يقال : الوقت وقت
بدو الصلاح ، فتجعل الثمار المبيعة كأنها مزهية ، هذا لا قائل به ،

وكانه أوجب للرافعى ذلك أجمال الكلام وعدم افراد كل صورة بالذكر ،
والله أعلم •

(الصورة السابعة) أن يختلف البستان وتعدد الصفقة مع اتحاد
البواقى ، وقد تقدم ذكرها فى آخر الصورة الثانية ، فهذه سبع
صور ، وقبلها صورتان وإذا اتحد الجميع واختلف الجنس فتصير
تسعا •

(واعلم) أن الصور الممكنة من الاختلاف فى ذلك ست عشرة هذه
التسع المذكورة ، وسبع أخرى ، وهى العاشرة (الأولى) أن يتحد
الجميع (الثانية) أن يختلف الجنس (الثالثة) أن يختلف النوع
(الرابعة) أن يختلف البستان (الخامسة) أن تختلف الصفقة
(السادسة) أن يختلف الملك (السابعة) أن يختلف النوع والبستان ،
وهذه السبع تقدمت •

(الثامنة) أن يختلف النوع والصفقة ، فيبيع صاحب البستان نوعا
لم يبد صلاحه منفردا اعتمادا على بدو الصلاح فى نوع آخر عنده ،
وقد تقدم أن الصحيح عند تعدد الصفقة وحدها عدم التبعية ،
فهنا أولى ولا يبعد أن يجرى فيها خلاف إذا جعلنا النوعين كالنوع
الواحد واطلاقهم يقتضى ذلك ، لكن الفورانى جزم بأنه لا يكون حكمه
حكم المؤبر ، وكذلك يقتضيه كلام الغزالى فى البسيط ، وقد تقدم
فى التأبير بحث فى اثبات الخلاف فينظر هناك •

(التاسعة) أن يختلف النوع والملك مع اتحاد الصفقة ، كما إذا باع
عن نفسه نوعا ، وعن موكله نوعا فى بستان واحد بدا صلاح أحدهما ،
ولم يبد صلاح الآخر ، وقلنا : ان الصفقة لا تتعدد ، وفرعنا على
أن مثل هذا مبيع فهل يصح من غير شرط القطع اعتمادا على
ان الصفقة واحدة أولا ، اعتمادا على تعدد الملك ؟ لم أر فيه نقلا •

(العاشرة) أن يختلف البستان والصفقة ، فيفرد الشخص من
بستان له يبيع ما لم يبد صلاحه اعتمادا على بدو الصلاح فى ذلك
النوع من بستان له آخر وقد تقدم •

(الحادية عشرة) أن يختلف البستان والملك فيبيع شخص عن

نفسه نوعا من بستانه وعن موكله في ذلك النوع من بستان آخر ،
وقد بدا الصلاح في أحدهما دون الآخر ، وفرعنا على صحة مثل هذا
البيع ، فلم أر في ذلك نقلا .

(الثانية عشرة) أن تختلف الصفقة والملك فيبيع ما لم يبد صلاحه
اعتمادا على بدو الصلاح في ملك غيره من ذلك النوع في ذلك البستان ،
ولم أر فيه نقلا .

(الثالثة عشرة) أن يتحد النوع مع اختلاف الثلاثة فيفرد
نوعا اعتمادا على بدو الصلاح في نوع آخر من بستان غيره فان
صح ما تقدم عن الرافعي في أفراد أحد البستانين فلا يبعد أن يأتي في
هذه الصورة أيضا خلاف والصحيح المنع .

(الرابعة عشرة) أن يتحد البستان مع اختلاف الثلاثة فيبيع نوعا
اعتمادا على بدو الصلاح في نوع آخر من ملك غيره في ذلك البستان
ولا يبعد مجيء خلاف فيه والصحيح المنع .

(الخامسة عشرة) أن تتحد الصفقة مع اختلاف الثلاثة .

(السادسة عشرة) أن يتحد الملك مع اختلاف الثلاثة ، ولم أر
فيهما نقلا ، ولا يخفى تخريجهما على ما تقدم ، والله أعلم . والمذهب
في جميع هذه الصور عدم التبعية إلا فيما إذا اتحد الجميع ، فيصح
بلا خلاف ، أو اختلف النوع فقط ، وفي التصحيح خلاف كما تقدم ،
وبقية الصور كلها لا بد من شرط القطع فيما لم يبد صلاحه أما جزما أو
على المذهب ، والله أعلم .

(فائدة) النظر في هذه المسائل كلها هل هو لسوء المشاركة ؟
أو لعسر التمييز ؟ كلام الجمهور يقتضي الأول ، ولا فرق في جميع
ما ذكرناه بين الثمار والزرع وإن كان كثير من الأصحاب إذا تكلموا
إنما يذكرون البستان والثمار ، فليس إلا على جهة ذكر بعض أفراد
المسئلة ، ومن صرح بذلك صاحب النتمة ، قال : إنه إذا اشتد
بعض السنابل كان كالثمار إذا بدا الصلاح في بعضها ، لكنه فرض
ذلك فيما إذا تسنبل جميع الحب والظاهر أن ذلك منه ليس على سبيل
الاشتراط ، فإنه لو تسنبل بعض الحب واشتد ، وبعضه إلى الآن

بقول ، فقياس المذهب أن يبيع : ويحتمل أن يقال : يجرى فيه الخلاف فيما إذا أطلع بعد البيع هل يبيع المؤبر حالة البيع .

ولو باع البطيخ على أصوله بعد بدو النضج والادراك جاز مطلقا وبشرط التبقية كالثمار ، حتى لو أدرك بطيخة واحدة من جملة الأرض التي زرع فيها البطيخ وباع الجميع جاز ، ويدخل في العقد كل ما هو موجود من ثمرة ، ويترك حتى يلتحق الصغار بالكبار ، قاله صاحب التتمة .

ولا يجوز بيع الجزر والفجل والسلق في الأرض لاستتاره وجهالته ، ويخالف الغائب لأنه لا يمكن الاطلاع عليه الا بالقلع ، وذلك عيب فيه ، قاله في التتمة وغيرهما ، وقد تقدم ويصح بيع القبيط^(١) في الأرض بشرط القطع ، ان لم يكن بلغ الحد الذي يقصد تناوله فيه ، وان بلغه فيجوز مطلقا ، وبشرط التبقية ، ويترك حتى تلتحق الصغار بالكبار كالخيار والباذنجان ، لأن ما هو المقصود منه ظاهر ، وانما المستتر بالأرض عروقه وهي غير مقصودة ، قاله في التتمة . والسلجم ان كان المعظم منه ظاهرا فكالقبيط ، وان كان في الأرض فكالفجل والسلق ، قاله في التتمة أيضا .

(فرع) اذا باع شيئا من ثمرة البطيخ والقثاء والخيار والباذنجان وما أشبه ذلك منفردا عن الأصل — نظرت فان كان قبل بدو الصلاح فيها — لم يجز الا بشرط القطع ، وان كان بعد بدو الصلاح في بعض الجنس جاز بيع جميع ذلك الجنس في ذلك القдах من غير شرط القطع ، لأنه في معنى ثمرة الشجرة فكان حكمه في ذلك حكمها ، قاله في الاستقصاء .

(فرع) ولا يجوز في شيء من ذلك أن يبيع ما ظهر من الثمرة . أو الورد وما يظهر بعد ذلك في سنته . وبه قال أبو حنيفة وأحمد . وقال مالك : يجوز .

(١) كذا في هذا الفصل مكررا وأخاله القنبيط وهو لفظ نبطي معرب ويسميه العامة الكرنبيت .
(المطيعي)

(فرع) لا خلاف أنه لا بد من وجود الصلاح في شيء ، وقول الغزالي : اتفقوا على أن وقت بدو الصلاح كاف ، محمول على ذلك ، وكذلك المراد في إقامة وقت التأخير مقام التأخير ، ونهت على ذلك لئلا يتوهم من اعتبار الوقت أنه لا يشترط وجود الصلاح بعد حضور وقته . ولا قائل به ، وإنما أطلق الغزالي هذه العبارة . لأن العادة أن الوقت إذا حضر فلا بد أن يوجد في بعض ، والله أعلم .

(فرع) إذا كان بستانان فيهما زرع واحد فبدا الصلاح في أحدهما قال العبدري : فانه لا يكون صلاحا في الآخر . ويصح افراد هذا بالبيع دون الآخر . لا يختلف المذهب فيه . هذا قول العبدري في الكفاية وذكر ذلك بيانا لحكم مثله في النخل . فان كان عنده أن النخل أيضا لا يختلف فيه فهو المشهور الموافق لطريقة العراقيين كما تقدم ، وإن كان هذا في الزرع بخصوصه فيحتاج الى فرق ، والله أعلم .

(فرع) وقد تفهم من كلام بعض الأصحاب أن منهم من قال باعتبار وقت بدو الصلاح أو وقت التأخير . ويجعل ذلك بمثابة التأخير نفسه . ومعنى ذلك أنه إذا اتحد النوع واختلفت الصفقة أو بالعكس مع حصول التأخير في الجملة أما اعتبار الوقت من غير تأخير أصلا فهذا أم يقل به أحد من أصحابنا وكذلك في بدو الصلاح ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا ابتاع زرعاً أو ثمرة بعد بدو الصلاح لم يكلف قطعه قبل أوان الحصاد والجذاذ ، لأن العادة فيها تركها إلى الحصاد والجذاذ ، فلم يكلف نقله قبله ، كما نقول فيمن اشترى متاعاً بالليل : انه لا يكلف نقله إلا بالنهار ، فان احتاجت الثمرة أو الزرع إلى السقي لزم البائع ذلك ، لأنه يجب عليه تسليمها في حال الجذاذ والحصاد ، وذلك لا يحصل إلا بالسقي فلزمه) .

(الشرح) اتفق الأصحاب على أنه يجب على البائع التخلية إلى أوان الحصاد في الزرع . والجذاذ في الثمرة والمخالف في هذه المسألة أبو حنيفة رضي الله عنه : لأنه يقول : بيع الثمرة مطلقاً ينزل

على القطع ، ويجب قطعها في الحال ، وقد تقدم الكلام معه قريبا ، فأغنى عن اعادته وبيننا أيضا فيما تقدم ما يعتبر من العادة وما لا يعتبر من العادة ومن جملة ما تمسكوا به مما يحسن ذكره هنا أن موجب الشرع تفريغ ملك البائع ، وأجاب أصحابنا بأن أصل التفريغ مقول به وكيفيته تتلقى من العرف بدليل ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى من أن من اشترى طعاما أو متاعا بالليل لا يكلف نقله الا في النهار ، وأما السقي فجمهور جماعات الأصحاب أوجبوه على البائع وجعلوه من تمام التسليم وقطع بذلك جماعات •

وقال القاضى حسين : فيه وجهان (أحدهما) على المشتري لأن الثمرة له (والثاني) على البائع لأنه متصل بملكه ، قال : ويمكن أن يقال : فيه وجهان بناء على ما لو أصابتها جائحة بعد التسليم (ان قلنا :) يتلف من ضمان المشتري فالسقي عليه ، وان قلنا : من ضمان البائع فالسقي عليه •

(قلت :) وكذلك الشاشى في الحلية حكى الوجهين في وجوب السقى على البائع وجعل أصلهما القولين في وضع الجوائح لكن المذهب الجديد أنها من ضمان المشتري والمذهب أن السقى على البائع ، وهو من جملة ما يستدل به للقديم ، كما ستقف عليه ان شاء الله تعالى ، وقد أطلق الأصحاب وجوب السقى فينبغى أن يكون ذلك اذا باعها مطلقا أو بشرط التبقية (أما) اذا باعها بشرط القطع بعد الصلاح أو قبله فلا ، ويؤيد ذلك أنهم في وضع الجوائح حكوا طريقة قاطعة عن القفال فيما اذا باعها بشرط القطع أنها من ضمان المشتري ، قالوا : اذ لا يجب السقى عن البائع هنا ، فالاستدلال بهذا وعدم رده يدل على أنه محل وفاق ، لكن لنا طريقة أخرى هناك قاطعة بأنها من ضمان البائع . وطريقة وهى الأظهر عند الراعى أنها على القولين : فيحتمل أن يكون أصحاب هاتين الطريقتين يوجبون السقى أيضا وهو بعيد ، لأنه لم يلتزم له الإبقاء ، فينبغى أن تكون صورة شرط القطع مستثناة من وجوب السقى ، ويتعين القطع بهذا لأنه له المطالبة بالقطع ، فكيف نوجب عليه السقى ؟ الا أن يقال : انه يجب عليه السقى في مدة طلب القطع اذا خيف من تركه الفساد . لأنه من تنمة التسليم : وهذا بعيد أيضا كما لو اشترى حيوانا ولم يقبضه

لا يجب على البائع في مدة طلبه بالتسليم القيام به ، ولا يجب على البائع نصب الناطور كما سيأتى التنبيه عليه في مسألة وضع الجوائح .

(فرع) الى متى ينتهى الزمان الذى يجب فيه السقى ؟
يجىء من مقتضى كلام القاضى حسين والامام وغيرهما ما سنحكيه في مسألة وضع الجوائح ثلاثة أوجه (أصحابها) أنه الى أوان الجذاذ (والثانى) يتأخر بعد ذلك زمانا لا ينسب المشتري فيه الى توان بترك الثمار على الأشجار (والثالث) بنفس الجذاذ ، وهذا لم يصرحوا به في السقى ، ولم يذكره الامام وانما ذكره القاضى حسين في وضع الجوائح ، وسيأتى ذلك مبينا هناك .

(فرع) لو شرط السقى على المشتري بطل البيع لأن السقى مجهول ، نص عليه الشافعى والأصحاب وعلله بعضهم بأن السقى مجهول ، وعن القاضى أبى حامد أنه ولو كان معلوما أبطلناه أيضا من قبل أنه بيع واجارة في أولى قوليه (قلت :) وهذه علة الشافعى رحمه الله تعالى ، قال الخوارزمى : والجذاذ على المشتري على الأصح (قلت :) وما أثار اليه من الخلاف يمكن بناؤه على الخلاف الذى سنذكره في نهاية وضع الجوائح هل هو بوقت الجذاذ أو بنفس الجذاذ ؟ (ان قلنا) بالأول فعلى المشتري (وان قلنا) بالثانى فعلى البائع ؟ لأنها لا تصير مسلمة الا به .

(فرع) قال الشيخ أبو محمد في السلسلة : اذا اشترى ثمرة على رؤوس الشجر بعد بدو الصلاح فتركها عليها الى أوان الجذاذ فانقطع ماء الوادى ، فان ضرر بقاء الثمرة بالشجرة لم يجبر صاحب الشجرة على ترك الثمرة عليها ، وان لم يكن على الأشجار ضرر في التبقية ولا للثمار نفع في التبقية ، ولا ضرر على الثمار بالقطع ، ولو تركت على الأشجار لم تزد على حالها ، ولو قطعت لم ينقص القطع شيئا من قيمتها فطالب البائع المشتري بقطعها ، فهل يجبر على القطع ؟ فعلى قولين ينبنيان على ما اذا أسلم في شيء الى أجل معلوم ، فجاء به قبل المحل ، وليس في قبضة مزية ، فهل يجبر على قبوله ؟ فعلى قولين :

(فان قلنا :) لا يجبر على القبول فلا يجبر المشتري على قطع الثمرة هنا ، والا فيجبر . وهذا محمول على ما اذا حصلت هذه الحالة قبل أوان الجذاذ . وعلى ما اذا علم عدم عود الماء وعدم

الانتفاع بالماء (أما) اذا توقع النفع فلا يجبر المشتري على القطع ومن هنا أيضا نأخذ أن مجرد انقطاع من غير حصول عيب ولا ضرر لا يثبت خيارا للمشتري ، وان ما سيأتى من كلام الصيدلانى فى ذلك محمول على ما اذا كان الانقطاع يحصل به ضرر : وقد تقدم من كلام الامام فيما اذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع .

(فرع) قريب من هذا فيما اذا أصابت الثمار آفة بحيث لا نمو أو لا فائدة فى تبقيتها : هل للبائع تبقيتها ؟ .

(فرع) باع الجمد فى الجمد ، وكان طوله وعرضه وعمقه معلوما صح ، ويسلم بحسب الامكان ، وفيه وجه أنه يلزمه تسليمه على العادة بأخذ الجمد منه ، كل يوم وقرا أو وقرين أو ثلاثة . قال القاضى حسين : (والصحيح) الأول . وقاسه على الدار والسفينة المشحونتين ، وقال الخوارزمى : (الأصح) عندي أنه لا يجب تفريغها فى الحال ، بل على مر الأيام عادة تفريغ المجامد فعلى ما قاله القاضى حسين قد يورد هذا الفرع اعتراضا على كلام المصنف ، قال القاضى : وكذلك من اشترى حمل حطب فانه يجب تسليمه فى موضع البيع . ولا يلزمه حمله الى بيته . وان كانت العادة قد تقضى بذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا اشترى ثمرة على الشجر فلم يأخذ حتى حدث ثمرة اخرى واختلطت ولم تتميز ، أو اشترى حنطة فلم يقبض حتى انثالت عليها حنطة اخرى ففيه قولان) أحدهما (يفسخ البيع ، وهو الصحيح لأنه تعذر التسليم المستحق بالعقد ، فان البائع لا يلزمه تسليم ما اختلط به من ماله ، فان رضى البائع بتسليم ماله لم يلزم المشتري قبوله ، واذا تعذر تسليم المعقود عليه بطل العقد كما لو تلف المبيع (والثانى) لا يفسخ ، لأن المبيع باق ، وانما انضاف اليه زيادة فصار كما لو باع عبدا فسمن ، أو شجرة فكبرت . فان قلنا : لا يفسخ . قلنا للبائع : ان سمحت بحقوق أقر العقد . وان لم تسمح ففسخ العقد) .

(الشرح) هذا الفصل معقود لحكم اختلاط الثمار . وألحق به ما فى معناه من اختلاط المبيع بغيره . وذلك على مراتب (المرتبة الأولى) وعليها اقتضرت فى هذه القطعة من كلام المصنف . أن تكون

الثمرة مبيعة فتختلط بغيرها . وذلك اما فيما يحمل حملين ، واما فيما يحمل حملا واحدا وكان قد اشترى ما ظهر منها . أما بعد بدو الصلاح مطلقا أو قبله بشرط القطع - ولم يتفق القطع - ثم حدثت ثمرة أخرى فان الثمرة الحادثة لصاحب الأصل ، فاذا كان ذلك قبل أن يلقط المشتري ثمرة واختلطت الحادثة بالثمرة المبيعة . فان كانت تتميز بالكبر والصغر أو نحوهما . فان للمشتري المتقدمة وللبائع الحادثة . نص عليه الشافعي والأصحاب رضى الله عنهم من العراقيين والخراسانيين .

وان لم تتميز ، أو اشترى حنطة فلم تقبض حتى انثالت عليها حنطة أخرى . وكانت كل واحدة منهما غير معلومة القدر أو ما أشبه ذلك ، ففيه قولان . اتفقت الطرق على حكايتهما (أحدهما) يفسخ البيع ، لما ذكره المصنف والمراد بالتسليم المستحق ما يجبر البائع عليه ، وأما التسليم في ضمن الجميع فلا يجبر البائع عليه ، ولو سمح به لا يجبر المشتري على قبولها كما لا يجبر على قبض ما اشترى ، وعين أخرى . وإذا ثبت أن المشتري لا يجبر المبتاع على القبض نقول : البيع باطل ، وهذا القول منقول عن نصه في الأم والاملاء على مسائل مالك رحمه الله ، فلو قال البائع : انما أسمح بحقي فلا أثر لذلك على هذا القول (والقول الثاني) نقله الربيع وهو اختيار الزنى : انه لا يفسخ ، وقال الغزالي والرافعي في المحرر : انه الأظهر . وكذلك الجرجاني ، لما ذكره المصنف ولأن الاختلاط بمنزلة العيب ، فاذا سمح البائع بتسليمه كان كزوال العيب فيسقط خيار المشتري .

قال هؤلاء : والتسليم غير متعذر ، فانه يقبضه أكمل ما كان ، كما لو أسلم في طعام جيد فأعطى أجود مما ذكره ، وأردأ منه ، ومع ذلك يجب على المسلم قبوله وانما لا يجب التسليم في العين المضمومة الى المبيع اذا كانت متميزة يمكن التسليم على الانفراد : وقد قال المصنف رحمه الله : ان الصحيح الأول . وكذلك قال القاضي أبو الطيب والشاشي وابن أبي عصرون ، وعن صاحب التقريب حكاية قول ثالث أن العقد لا يفسخ ولا خيار . ويجعل الاختلاط قبل القبض كالاختلاط بعده . واستبعده الامام ، وحكاه الجوري عن أبي سلمة والمروزي ، وحكى الروياني طريقة أنه في مسألة الحنطة قبل القبض يبطل البيع

قولا واحدا ، لأن الشافعى جعلها دليل أحد القولين في اختلاط الثمار
قال : وهذا أوضح .

(واعلم) أن ما ذكره في تعليل كل من القولين يقتضى أن التسليم
لم يوجد ، ومن المعلوم أن القبض في الثمار بالتخلية ، لكن وإن
قلنا قبضها بالتخلية فليس ذلك بقبض تام ، فإن البائع يجب عليه سقيها
على المشهور من المذهب ، فالتسليم التام إنما هو حين الجذاذ ،
وشبه جماعة من الأصحاب رضى البائع بترك حقه بالاعتراض عن النعل
فيما إذا اشترى دابة ونعلها ، ثم اطلع على عيب قال الامام : ومسألة
النعل ليست خالية عن خلاف ، وهذه التى نحن فيها أولى بالخلاف
من تلك ، فإن الزام المشتري بطوق مئة البائع فيه بعدد . وفى هبة
المجهول غوائل . فالمسألة اذن مختلف فيها فإن أجبرنا المشتري سقط
خياره والافهو على تخيره .

وقد حكى الرويانى فيما إذا انثالت حنطة على الحنطة المبيعة ،
وسلم البائع الكل الى المشتري وجهين في اجبار المشتري على القبول .
وفيه تصريح بمساعدة الامام ، لكنه لم يحك خلافا في مسألة الثمرة .
ومع حكايته الوجهين في الاجبار في مسألة الحنطة قال : انه لا خيار
للمشتري . وهذا كلام متيح . والصواب أنا اذا لم نجبر المشتري
على القبول فخياره باق ، وانه لا فرق في ذلك بين الثمار والحنطة .
وقد صرح الامام في باب الخراج بالضمان بالوجهين في الاجبار في
هبة الضمان . وقال : ان الأقيس عدم الاجبار على القبول . وحكى
الرافعى رحمه الله تعالى الوجهين هنا ، وقال : ان الأصح سقوط خيار
المشتري كما في مسألة النعل .

وقول المصنف في الثمرة : فلم يأخذ . وفى الحنطة : فلم يقبض .
له معنى أنه عليه عن قرب . وقوله : حتى انثالت عليها حنطة أخرى
هو باطلاقة شامل لما إذا كانا معلومى القدر أو لا . لكن صورة
المسألة فيما إذا لم يكونا معلومى القدر على ما سيأتى التنبيه
عليه في فرع عن الماوردى . وقول المصنف رحمه الله تعالى : فإن
قلنا : لا يفسخ . قلنا للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقد ، وأجبرنا
المشتري على القبول . كذلك صرح به الأصحاب الشيخ أبو حامد
والقاضى أبو الطيب وغيرهما . وقد تقدم عن الامام ما فيه .

(وقوله :) وان لم يسمح البائع فسخ العقد . أى يفسخه الحاكم بينهما . كذلك صرح به الأصحاب . منهم الماوردى والقاضى أبو الطيب . ولا يقال للمشتري ههنا : أنكر تسليم المبيع والثمن جميعا الى البائع ، لئلا يفوز البائع بالعوض والمعوض وما ذكره المصنف من الفسخ عند امتناع البائع كالماتفق عليه بين الأصحاب على هذا القول وفى تعليق القاضى حسين أنه يفصل الخصومة بينهما بالتداعى . وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التقريب .

(فرع) لو انثال على الحنطة المبيعة بعد قبضها حنطة أخرى فالبيع صحيح وهما مالان اختلطا ، فان اصطلحا على شئ كان القول قول من الشئ فى يده فى قدر ما لصاحبه . قال أبو اسحاق : وصورته أن يكون المشتري ترك الطعام وديعة عنده فاختلط . وأما فى مسألة الثمرة فالقولان جاريان ، سواء اختلطت الحادثة بالخارجة بعد القبض بالتخلية أم قبله . وقال المزنى رحمه الله تعالى : انما القولان فى المسألتين قبل القبض . فان كان بعد القبض فالبيع صحيح فيهما قولاً واحداً ، وغلطه الشيخ أبو حامد ، وفرق هو والأصحاب بأن الطعام اذا قبض استقر العقد والثمرة — ان قلنا بالقول الجديد : انها من ضمانه — فان كمال القبض فيها على البائع ، بدليل أن عليه السقى ، وبدليل أنها لو عطشت كان للمشتري الخيار .

(قلت :) ولهذا المعنى قال المصنف فى الثمرة ، فلم يأخذ ، وفى الحنطة : فلم يقبض ، فلم يأت فى الثمرة بلفظ القبض ، بل بلفظ الأخذ ، والمراد به أخذها من على الشجرة ، وأما القبض فمقدم على ذلك وان اختلطت الثمار بعد الجذاذ أو فى الجرين ، أو غيره لم يفسخ قولاً واحداً ، وانما القولان بعد التخلية ، لأن القبض لم يستقر . ألا ترى أن الثمرة اذا عطشت ولم يتمكن البائع من السقى كان للمشتري ردها بالعيب ، قاله القاضى أبو الطيب وغيره ، وهذا منهم بناء على الصحيح المشهور أنه يجب على البائع السقى ، وقد حكى القاضى حسين — رحمه الله — فيه وجهين ، وبناهما على أن الحاجة من ضمان البائع ، أو من ضمان المشتري ، وهو غريب فى النقل . ومثله فى الغرابة ما ارتضاه الامام والغزالي من أن الاختلاط فى الثمار بعد التخلية مبنى على وضع الجوائح .

(فإن قلنا) توضع كما كان قبل القبض ، والا فيتفصلان بالخصومة أو الإصلاح ، فعلى ذلك لا يأتي على الجديد الا أن البيع صحيح قولاً واحداً كما ذهب إليه المزني ؛ وهو خلاف ما أطبق عليه العراقيون ، فقد تلخص في اختلاط الثمار أنه ان كان قبل التخلية جرى القولان باتفاق الطرق وقياس الطريقة التي قالها الروياني في الحنطة أن يقال هنا : انه يبطل قولاً واحداً . وان كان بعد الجذاذ فالبيع صحيح قطعاً وان كان بعد التخلية وقبل الأخذ فالشهور وهو طريقة العراقيين جريان القولين قبل التخلية ، واختار المزني والامام والغزالي على الجديد أنه كما بعد الجذاذ : فالصنف حينئذ جرى على طريقة العراقيين وهي الصحيحة ومن اختارها القاضي حسين من الخراسانيين ، وقد أغرب المتولي فحكى في كتاب الرهن أنه لا فرق في جريان القولين في مسألة الحنطة بين ما قبل القبض وبعده ، وهذا ضعيف جداً ، ويلزمه طرد ذلك في الثمار بعد الجذاذ .

(فرع) لو باع الحنطة منه مكايلة وسلمها اليه جزافاً ثم اختلطت بحنطة للبائع ، قال القاضي حسين : يخرج على القولين .

(فائدة) اذا انتهى الأمر الى الخصومة وقبل قول ذي اليد قال الامام : سبيله في الخصومة أن لا يتعرض للبيع ، فانه اذا ادعى بيماً في الصاعين فسينكره البائع ثم يرجع الى اختلاف المتبايعين في قدر المبيع .

(فرع) اليد في الثمار بعد التخلية وقبل القطاف للبائع أو للمشتري أو لهما ؟ ثلاثة أوجه نقلها الامام . قال ابن أبي الدم : ومقتضاه أنا متى جعلنا الثمار في يد واحد فالقول قوله (وإن قلنا :) انها في يدهما فلم يذكر الامام ولا الغزالي ما يقتضيه هذا الوجه . ومقتضاه أن يقسم القدر المتنازع بينهما نصفين ؛ ولكل منهما تحليف صاحبه ، وفي كفيته وجهان كالوجهين في عين في يد رجلين كل منهما يدعى جميعهما (أحدهما) يحلف على استحقاقه النصف الذي يسلم اليه (والثاني) على استحقاقه الكل والأول أصح . وهذه المسألة مذكورة في دعاوى .

(فرع) قد تقدم حكاية الخلاف في الصحيح في هذه المسألة :
وأن الغزالي والرافعي قالا : ان الأظهر عدم الانفساخ وفيه نظر ،
لأنهما يوافقان على أنه لو باع الثمرة التي يغلب تلاحقها أن البيع
لا يصح فإن كان التلاحق الطارئ غير مانع من التسليم بل هو عيب ،
فينبغي أن لا يبطل في صورة العلم بطريانه ، وان كان مانعا من التسليم
فينبغي اذا طرأ قبل القبض أن يفسخ العقد كتلف المبيع •

(فرع) قد تقدم أنه على القول بعدم الانفساخ يقال للبائع :
ان سمحت بحقك أقر العقد كما قال المصنف ، وهكذا هو في مختصر
المزني ، وقال : ان البائع بالخيار ، والغزالي والرافعي لم يذكر
ذلك ، وانما قالا : انه يثبت للمشتري الخيار ، قال الرافعي : فان
قال البائع : أسمح ففي سقوط خيار المشتري وجهان ، والمفهوم من
اثبات الخيار للمشتري أنه اذا لم يسمح البائع ، فالمشتري يفسخ ،
وقد قدمت عن أبي الطيب وغيره أن الفاسخ هو الحاكم ، وأيضا قياس
قول الرافعي : ان ذلك من باب العيوب ، فيكون على الفور الا أن
يسقطه البائع بترك حقه ، فلو لم يفعل وآخر المشتري الفسخ سقط
حقه ، وهو خلاف ما يفهم من كلام الأصحاب •

(فائدة) قال الامام : ولو أعتزفا — والاختلاط بعد القبض —
بالالتباس . ورضيا بأن لا يفسخ العقد ، رجع الكلام الى الوقف
والاصطلاح . فقلوه : ورضيا بأن لا يفسخ العقد لا حاجة اليه .
لأنه ان كان بعد القبض التام فلا خيار ولا يفسخ ، وان كان بعد القبض
بالتخلية فعنده كذلك ، وانما يأتي هذا الكلام عند الأصحاب على
أحد القولين بعد التخلية اذا قلنا بعدم الانفساخ ، فحينئذ اذا رضى
بأن لا يفسخ العقد يرجع الأمر الى الاصطلاح كما بعد القبض •

(فرع) هكذا الحكم في بيع الباذنجان في شجره اذا بلغ
نهايته لم يحتاج الى شرط القطع ، ولو كان البعض صغارا والبعض
كبارا فانه يترك حتى يتلاحق . فان كان الكل صغارا لم يجز الا بشرط
القطع . فلو باع في الحالتين ثم ظهر شيء آخر واختلط بالمبيع جرى
القولان . وكذلك الخربز وهو البطيخ وهكذا القثاء والخيار ، وكل
ما له حمل بعد حمل ، على ما ذكره المزني والأصحاب ، فلو كان
المبيع شجر الباذنجان فسيأتي في الفصل الذي بعد هذا •

(فرع) فيه تنبيه على تقييد كلام المصنف ، لو اختلط الطعام المبيع بغيره قبل القبض : وكان أحدهما معلوم القدر ، وذلك بأحد ثلاثة أوجه (اما) أن يكون كل منهما معلوم الكيل (واما) أن يكون المبيع منهما معلوما ، فيعلم بعد استيفاء كيل المبيع قدر ما ليس بمبيع (واما) أن يكون غير المبيع معلوما فيعلم بعد استيفاء كيل ما ليس بمبيع قدر المبيع . فاذا كان المبيع معلوم القدر بأحد هذه الوجوه الثلاثة فقد صار مختلط العين متميز القدر ، وتميز القدر يمنع من الجهل ، وهو أقوى المقصودين : فصح البيع واختلاط العين مغير للصحة مع تفاوت الأجزاء . فصار عيبا يوجب الخيار . فوجب أن يكون البيع جائزا : وللمشتري الخيار ، فان فسخ رجع بالثمن ، وان أقام صار شريكا للبائع على قدر الحصتين .

وان كان الطعامان متماثلين القيمة تقاسما كيلا ، وان كان مختلف القيمة بيع ، وكانا شريكين في ثمنه على قدر قيمة الطعامين الا أن يتراضيا بقسمة ذلك كيلا ، على الحصص دون القيمة فيجوز . ذكر هذا الفرع بكلامه الماوردي ، وهو ينبه على أن محل جريان الخلاف في الانفساخ : انما يكون عند الجهل بالمقدار . ولذلك قيدت كلام المصنف : فانه مطلق ، والله أعلم . وكذلك كلام كثير من المصنفين وأما الثمار فلا تكون الا مجهولة المقدار ، والله أعلم .

(فرع) قد تقدم أنه اذا كان اختلاط الطعام بعد القبض لا يفسخ العقد ، والعقد صحيح بحاله ، وكذلك الثمرة اذا كان بعد الجذاذ ، فان كان قدر الطعام أو الثمرة معلوما بأحد الأوجه التي مضت تقاسما على ما تقدم ، وان كان قدر الطعام مجهولا والفرض أنه بعد القبض فلا يفسخ العقد : وان تراضيا على شيء واتفقا عليه جاز ، واقتسما على ذلك . وان اختلفا فان كانت صبرة المشتري قد انثالت على صبرة البائع فالقول قول البائع في قدر ما له مع يمينه : لأن اليد له . وان كانت صبرة البائع انثالت على صبرة المشتري فالقول قول المشتري في قدر ماله من مال البائع مع يمينه وقال المزني : القول قول البائع . لأن يده قد كانت على الطعامين معا . وكان أعرف بقدرهما من المشتري المستحدث اليد .

قال الماوردي : وهذا خطأ • لأن ما وجب اعتبار اليد فيه كانت اليد الثانية أولى أن تكون معتبرة من اليد المرتفعة كسائر الحقوق (قلت :) والصواب ما قاله الماوردي وقد قاله غيره وتقدم ذلك مختصرا • وليس من لازم التصوير الذي أطلقه المزني أن تكون اليد للبائع • فقد تكون صبرته في يد غيره ، والله أعلم •

(فرع) لو صدر الخلط من البائع أو المشتري عن قصد كان الحكم كذلك كما يقتضيه لفظ الشافعي رضى الله عنه في الأم •

(فرع) قال القاضي حسين : ان القولين في الانفساخ في مسألة اختلاط الثمار المبيعة بغيرها يتبنيان على تلف المبيع في يد البائع قبل القبض ، لا خلاف أنه يفسخ العقد ولأى معنى يفسخ ؟ فيه معنيان (أحدهما) لتعذر التسليم (والثاني) لوقوع اليأس عن التسليم (ان قلنا) بالأول انفسخ العقد ههنا (والا) فلا ، لأنه يمكنه تسليم الكل • قال : ويخرج على هذين المعنيين مسائل (منها) اذا باع درة ووقعت قبل القبض في لجة البحر يفسخ العقد لوجود المعنيين • وان وقعت في واد ، ان قلنا بالأول انفسخ والا فلا (ومنها) لو باع عصفورا ثم اختلط بعصافير البائع قبل القبض ، أو حنطة فانثالت عليها حنطة أخرى للبائع • ان قلنا بالأول انفسخ والا فلا (ومنها) اذا باع عبدا فأبق قبل القبض ، عامة أصحابنا على أن البيع لا يفسخ • وقال أبو يعقوب الأبيوري : كل يفسخ ، قال القاضي : ويمكن تخريجه على المعنيين • وكذا لو نهبه التركمان أو غاروا عليه قبل القبض •

(قلت :) وفي مسألة اختلاط الثمار والحنطة وشبهها لا يظهر فرق بين تعذر التسليم وبين اليأس منه • فانه ان أريد به تسليم المبيع وحده متميزا فهو متعذر ، ومأيوس منه • وان أريد تسليمه في الجملة فليس بمتعذر ولا مأیوس منه (وأما) مسألة العصفور فقد قال الروياني في البحر : انه لو باع شاة فاختلطت بقطيع لا تتميز فالمذهب أنه يبطل البيع • قال : وتنفرد الحنطة لأن هناك الاتساع لم تمنع البيع ، وههنا الاستتباء مانع من العقد • وقيل : لا يبطل لأنه يمكنه التسليم بأن يقبض الكل ويكون حكمه حكم من اختلطت

شأته بقطيع لانسان . قال : وهذا لا يصح لأن الشرط في القبض أن يتسلط به على المقبوض . ويتمكن من التصرف وهذا لا يوجد بقبض الجملة .

(قلت :) قوله : المذهب أنه يبطل البيع ، ان أراد الترجيح في الجملة ، فالحنطة والثمرة كذلك ، وان أراد أنه يبطل قطعاً بخلاف الحنطة والثمرة لما لحظه من معنى الاشاعة والاشتباه فقد يقال : ان ذلك لا يستقيم ؛ لأن الخلط ههنا لو اقتضى الاشاعة كما يقوله في باب الفلس وغيره لكان المذهب هنا أنه لا يفسخ العقد بالاختلاط ، لأن المذهب هناك أنه يصير مشتركاً ، وأيضاً فكان يفصل هنا بين أن يكون الخلط بالمثل والأردأ أو بالوجود ، كما هو مفصل هناك ؛ لكن المذهب ههنا أنه يفسخ العقد ، ولم يفصل أحد بين أن يكون الخلط بالأجود أو بالمثل ، فدل على الفرق بين البابين وأن الخلط انما يقتضى الاشاعة اذا كان بعد القبض ، أما قبل القبض كمسألتنا هذه فالملك غير مستقر ، فيتأثر بالخلط ولا يحكم بالاشاعة .

وما ذكره الديوانى يوافق وجهها في الفلس أن البائع لا يرجع في المبيع اذا خلط مطلقاً وهو مؤيد هناك بمسألة الاختلاط هنا والمذهب هناك خلافه وفرقوا بينهما بما ذكرناه ، ولو كان قول الاشاعة ملاحظاً في مسألة اختلاط الثمرة والحنطة ، لكننا نقسم ذلك بين البائع والمشتري ، ولم يقل به أحد ههنا فيما أعلم ، وانما القائل بعدم الانفصاخ يقول بالتخيير ، نعم معنى الاشاعة يجب أن يلاحظ اذا كان الاختلاط بعد القبض في الحنطة وبعد الجذاذ في الثمرة ، وكذلك على القول الذي حكاه الامام عن صاحب التقريب ، وان كان لم يتعرض للاشاعة ، ولا ينافى ذلك ما تقدم عن الأصحاب من فصل الخصومة ، لأن ذلك معرفة المقدار وبعد معرفة المقدار الذي لكل منهما يصير مشتركاً كما تقدم عن المساوردى فيما اذا كان المقدار معلوماً ، ويصير حكمه حكم الاختلاط المذكور في غير ذلك من الأبواب ، وفي المثليات بحكم الاشاعة على ما سنذكره ان شاء الله تعالى في باب الفلس والغصب ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى شجرة عليها حمل للبائع فلم يأخذه حتى حدث حمل للمشتري واختلطت ولم تتميز ، ففيه طريقان ، قال أبو على ابن خيران وأبو على الطبري لا يفسخ العقد قولاً واحداً ، بل يقال : ان سمح أحدهما بترك حقه من الثمرة أقر العقد لأن المبيع هو الشجر ولم يختلط الشجر بغيره وإنما اختلط ما عليها من الثمرة والثمرة غير حبيرة فلم يفسخ البيع كما لو اشترى داراً وفيها طعام للبائع وطعام للمشتري ، فاختلط أحد الطعامين بالآخر فإن البيع لا يفسخ في الدار قال المزني وأكثر أصحابنا : أنها على قولين كالمسألة قبلها لأن المقصود بالشجر هو الثمرة فكان اختلاطها كاختلاط المبيع . وان اشترى رطبة بشرط القطع فلم يقطع حتى زادت وطالت ففيه طريقان (أحدهما) أنه لا يبطل البيع قولاً واحداً بل يقال للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقد وان لم تسمح ففسخ العقد لأنه لم يختلط المبيع بغيره ، وإنما زاد المبيع في نفسه فصار كما لو اشترى عبداً صغيراً فكبر أو هزلاً فبسم (الثاني) وهو الصحيح أنه على قولين (أحدهما) لا يفسخ البيع (والثاني) يفسخ ويخالف السمن والكبر في العبد فإن تلك الزيادة لا حكم لها ولهذا يجبر البائع على تسليم [العبد] (١) مع السمن والكبر ولهذه الزيادة حكم ، ولهذا لا يجبر البائع على تسليمها فدل على الفرق بينهما) .

(الشرح) فيه مسألتان هما من بقية المراتب التي تقدم التنبيه عليها من مسائل الاختلاط (أحدهما) وهي المرتبة الثانية إذا اشترى شجرة أو أرضاً فيها شجرة وعلى الشجرة المبيعة أو الداخلة في البيع من الثمرة حمل . إذا اشترى شجرة وعليها حمل للبائع بأن كان مؤبراً أو ما في معناه فلم يأخذها البائع حتى حدث حمل للمشتري واختلطت ولم تتميز وذلك إنما يكون فيما يحمل حملين ، أما ما يحمل مرة في العام فقد تقدم أنه متى كان على النخلة شيء مؤبر كان جميع ثمرة

(١) في شوق ما بين العقوليين (العقد) والصواب ما هنا (ط) .

ذلك العام للبائع . اذا عرف ذلك قال الأصحاب : فان كان الحمل الحادث يتميز عن الأول كان الحمل الموجود حال العقد للبائع ، والحمل الحادث للمشتري لأنه حدث في ملكه وان لم يتميز فقد نقل المبنى عن الشافعى قولين كما تقدم في المرتبة الأولى واختلف الأصحاب في ذلك على طريقتين كما ذكره المصنف رحمه الله تعالى .

(احدهما) طريقة ابن خيران وأبى على الطبرى في الافصاح القطع بعدم الانفصاخ . ونقل الشيخ أبو حامد عن ابن خيران أن هذه المسألة لا تعرف للشافعى رحمه الله تعالى ، ولا نص عليها ، ولا تجيء على مذهبه أيضا ، بل البيع صحيح بكل حال ، قال : وقد نكت ابن خيران وما قصر ، وهذا الكلام من الشيخ أبى حامد فيه ميل الى ما قاله ابن خيران وكذلك الماوردى قال : أن ما قاله ابن خيران أصح جوابا وتعليلا ، وان كان نقل المبنى صحيحا ، قال : والاذعان للحق أولى من نصره ماسواه .

وقال القاضى أبو الطيب عن ابن خيران والطبرى : انهما قالا : ان الذى في مختصر المبنى نقله في الأم فوق الغلط في النقل من مسألة بيع الثمرة الى مسألة بيع الأصول ، واحتج المنتصرون لهذه الطريقة بأن الاختلاط ليس في المبيع ، فصار كما لو اشترى رجل ثمرا وتجددت ثمار في يد البائع وتعييت الثمار والمبيع في يد البائع فلا خيار بعيب الثمار ، قال الامام : وهذا القياس الذى لا يسوغ غيره وممن صح هذه الطريقة الخوارزمى في الكافى .

(الطريقة الثانية :) وبها قال المبنى وأبو اسحاق المروزى ، ونسبها القاضى أبو الطيب كما نسبها المصنف الى أكثر أصحابنا أنها على القولين ، قال هؤلاء : ونحن وان لم نعلم نصه عليها فان المبنى ثقة فيما نقله عنه ، وفي المسألة ما لا يحتمل التأويل من وجهين (أحدهما) أن فيها يقال للمبتاع أسمح ؟ فان سمح والا قيل للبائع أسمح ؟ فلو أن المعقود عليه هو نفس الشجر لما صح أن يقال لكل منهما : أسمح ؟ (والثانى) أنه قال : تكون الخارجه للبائع ، والحادث للمشتري ، فدل على أن المعقود عليه هو الشجر . ثم المعنى يدل على ذلك فان المعقود عليه وان كان هو الشجر فان

المقصود منها الثمرة ، فإذا اختلطت الخارجة بالحادثة فقد اختلط المقصود من المبيع بغير المبيع ، فهو كما لو اختلط المبيع بغيره ، قال الشيخ أبو حامد : وهذا قريب ، غير أن ابن خيران أسقط المسألة بالأصالة فلا معنى لقول هذا القائل : ان فيها ما لا يحتمل التأويل .

(قلت :) المراد أن المسألة غير قابلة للتأويل ، وأما إسقاط ابن خيران فيجاء عنه بأن المزني ثقة ، وقد نقلها فلم يبق لابن خيران متعلق الا أن تقول ان المزني أخطأ فيها وجوابه بما أبداه هذا القائل من المعنى ، فإنه ينفي الجزم بخطئها ، واعلم أن هؤلاء الأئمة على جلالتهم وإطلاعهم بين منكر لما نقله المزني ومقلد له فيه ، وقد وقفت على القولين بما لا يحتمل التأويل الا بتعسف عظيم ، فإنه قال في آخر باب ثمر الحائط يباع أصله ، وما أثمر في السنة مرارا فبيع وفيه ثمرة فهي للبائع وحدها ، فإذا انقضت فما خرج بعدها مما لم يقع عليه صفقة البيع فلمشتري الأصل ، وصنف من الثمرة ما كان يخرج منه الشيء بعد الشيء ، حتى لا ينفصل ما وقعت عليه صفقة البيع ، وهو في شجره فكان للبائع ما لم تقع عليه صفقة البيع ، وكان للمشتري ما حدث .

فان اختلط ما اشترى بما لم يشتر فلم يتميز ففيها قولان (أحدهما) لا يجوز البيع فيه الا بأن يسلم البائع للمشتري الثمرة كلها ، فيكون قد أوفاه حقه وزيادة أو يترك المشتري له هذه الثمرة ، فيكون قد ترك له حقه .

(والقول الثاني) أنه يفسد البيع من قبل أنه — وان وقع صحيحا — فقد اختلط حتى لا يتميز الصحيح منه الذي وقعت عليه صفقة البيع مما لم يقع عليه ، وقد تكلف ابن الرمعة بحمل ذلك على ما اذا باع شجرة التين مثلا بعد أن نتجت الأغصان ولم تبرز الثمرة فاشتراط البائع لنفسه تلك الأغصان ، فإنه كالثمرة غير المؤبرة اذا شرطها البائع لنفسه ، فيشترط فيها القطع على النص ، فيصح أن يقال : ان المبيع قد اختلط بغيره ، وهذا تكلف بعيد ، وقد أحسن المحاملي فاعترف بأن الشافعي رحمه الله تعالى نص على القولين في الأم ، ورد على ابن خيران مذهبا وحاجا ، وذكر الامام عن القائلين بهذه

الطريقة أنهم فرقوا بين صورة الاختلاط وبين تعيب الثمار المتحدة في يد البائع ، بأن الاختلاط سببه بقاء ثمرة البائع على الأشجار ، وعلى البائع في الجملة تخلية المبيع للمشتري ، فقد حصل الاختلاط بسبب ما استبقاه البائع لنفسه ، وقرب ذلك من نقل الأحجار المودعة في الأرض ، ومن قلع باب الدار المبيعة لنقل ما فيها من الأمتعة .

وفي البحر أن ابن خيران تأول ما نقله المزني على ما إذا ابتاع الشجرة وبقيت الثمرة للبائع ، ثم اشترى المشتري ثانيا الثمرة . ثم ظهرت الحادثة فاختلفت بها . وهنا يختلط المبيع بغير المبيع . فهي مسألة القولين . وغلطه في هذا التأويل بأن هنا وان اختلط المبيع بغير المبيع الا أن كله للمشتري ، واختلط ملكه بملكه فلا يؤثر في البيع أصلا ، والله أعلم .

(فائدة) قال الشيخ أبو حامد : ولا أعرف شجرة تحمل حملين يتميز أحدهما عن الآخر في سنة واحدة إلا التين ، فإنه يحمل النوروذى ثم يحمل بعده في الوقت . وقد قال غيره : ان النارنج والأترج والرائج أيضا يحمل حملين ، وقد بلغني عن نوع من التفاح والبادنجان والبطيخ والقثاء ونحوهما كالتين ، وأجاب الأصحاب عن كوننا لم نجعل الحادثة تابعة للخارجة كما في ثمرة النخل ، حيث جعلنا الطلع الحادث تابعا على الصحيح بأن العادة في النخل أنه يحمل حملا واحدا ، فإذا كان بعض حمله للبائع كانت ثمرة ذلك العام كله له ، والتين يحمل حملين كل واحد منهما غير الآخر فالثاني كثمرة النخل في العام القابل .

(قلت) والآخر كذلك غير أنه لا يطرد في شجر بعينه ، ولا نقول في ثمرة النخل مطلقا أن ثمرة العام كلها للبائع ، فقد ورد أن نخل أنس بن مالك رضى الله عنه كانت تحمل في السنة مرتين بدعوة النبي صلى الله عليه وسلم له . فالمعتبر حينئذ بالحمل على ما جرت العادة . فإذا كان أحد الحملين منفصلا عن الآخر انفصالا بينا غير متلاحق لم يتبع الثاني الأول . وان كانت عبارة الشافعي التي قدمتها تقتضى اعتبار العام فينبغي أن يقول : على ذلك سؤال قال الأصحاب : (ان قيل) هلا قلتم : الحمل الثاني تابع للأول ؟ كما اذا باع نخلة مؤبرة فان الطلع انحادث للبائع تبعا للموجود ؟ (فالجواب) ان في الطلع وجهين .

والفرق أن الطلع الحادث من جملة هذا الطلع الموجود ، لأنه ليس له
الا حمل واحد يتقدم بعضه ويتأخر بعضه * وليس كذلك الحمل
الثانى مع الحمل الأول .

(فرع) قال المتولى فى هذه المسألة : ان عدم الانفساخ هو
الصحيح يعنى من طريقة القولين وفى مسألة اختلاط الثمار المبيعة
بغيرها لم يصحح شيئاً والذى صححه ابن أبى عصرون فى هذه المسألة
من طريقة القولين القول بالانفساخ كما صحح ذلك فى مسألة اختلاط
الثمار المبيعة .

(فرع) اذا قلنا : ينفسخ العقد فلا تفريع عليه (وان قلنا :)
لا ينفسخ . قال القاضى أبو الطيب : فمن سمح منهما أجبر الآخر
على قبوله ، وان امتنعما فسخ الحاكم بينهما ، كذلك قال القاضى
أبو الطيب ، وهو مفهوم المصنف رحمه الله . قال الماوردى : على
ما يقتضيه مذهب ابن خيران ، ان تراضيا واتفقا على قدر الحادثة من
المتقدمة ، والا فالقول قول صاحب اليد ، ولا يفسخ البيع لأنه لا يجعل
لما حدث تأثيراً فى البيع وهذا الذى قاله الماوردى أحسن وأدخل
فى المعنى الذى لحظه ابن خيران ، لأن الاختلاط فى غير المبيع لا أثر له ،
وكذلك صرح به المحاملى بعبارة تقتضى أنه منقول عن ابن خيران ،
فانه قال : وقال ابن خيران : المسألة على قول واحد أن البيع
لا يبطل ، ولكن يقال لكل منهما : اسمح بترك ثمرتك ، فان سمح أجبر
الآخر على القبول ، وان لم يسمح نظر - فان كانت الشجرة والثمرة
فى يد البائع - كان القول قوله فى قدر ما يستحقه المشتري منها ،
وان كانت فى يد المشتري فالقول قوله فى قدر ما يستحقه منها .

وكذلك الامام قال : انه على هذه الطريقة لا يثبت الخيار ، وربما
يظن بين كلام هؤلاء وكلام القاضى أبى الطيب منافاة ، ولا منافاة
بينهما ، فقد بين الرويانى ذلك ، ونقل القول بالفسخ عن نصه فى
الأم وعن ابن خيران أنه اذا لم يسمح واحد منهما فالقول قول من
فى يده كما قاله المصنف والقاضى أبو الطيب تفريعا على القول بعدم
الانفساخ من قولى طريقة الخلاف . وما قاله الماوردى والمحاملى
والامام تفريع على طريقة ابن خيران فقط ، فكلام أبى الطيب لا يراد عليه

الا من جهة كونه أطلق ذلك على قول عدم الانفساخ . وهو مشترك بين قول ابن خيران وأحد قولى طريقة الخلاف وكلام المصنف الايراد عليه قوى ، لأنه نقل قول ابن خيران ، وفرع عليه أنه يقال : من سمح منكما أقر العقد فأفهم أنه اذا لم يسمح واحد منهما لا يقر العقد ، ويفسخ وليس ذلك قول ابن خيران ، ولو أخر هذه الكلمة بعد طريقة القولين وقالها تفريعا على عدم الانفساخ كان يعتذر عنه بما اعتذر عن القاضي أبى الطيب ، والله أعلم .

(فرع) كلام المصنف هنا مشير الى أنه لا مزية في غرض ترك الحق بين البائع والمشتري ، وكلامه في التنبيه يقتضى أنه يبدأ بالبائع وكلام الماوردي يقتضى البداءة بالمشتري ، والأقرب التسوية كما أشار اليه في المذهب وأن من بدأ بالقول البائع أو المشتري ، لم يقل ذلك على أنه محتتم ، بل على جهة المثال وليس كذلك كالبداءة في التسليم ، فان ذلك مقصود يجبر عليه بخلاف هذا ، والله أعلم .

(فرع) أورد على الزام المشتري أو البائع قبول ما بذل له من الثمن لامضاء العقد ما اذا سمح غرماء المفلس لصاحب السلعة المبيعة بتقديمه بتمام الثمن ليستمر عقد البيع ، فانه لا يلزمه الاجابة وفيه نظر .

(المسألة الثانية) وهي المرتبة الأخرى . اذا اشترى رطبة فان اشتراها بشرط القطع من أصلها فلم يقلع فما حدث يكون للمشتري ان اشتراها بشرط القطع فلم يأخذها المشتري حتى طالت وعلت ، فقد عطف المزنئ هذه على مسألة القولين ، فاختلف الأصحاب ، فمنهم من قال : البيع صحيح قولاً واحداً كما ذكره المصنف حكماً وتعليلاً ومنهم من قال : هي على قولين كالمسألة الأولى ومن ذهب الى هذا أبو اسحاق المروزي وابن أبى هريرة والشيخ أبو حامد وجمهور أصحابنا والامام والرويانى والشاشى قال الماوردي وجمهور أصحابنا : وغلط الشيخ أبو حامد القائل الأول ، وأجاب هؤلاء عما تمسك به القائل الأول من الكبر والسمن بأن زيادة الكبر والسمن وصيرورة البلع بسرا وما أشبه ذلك ليس بعين ، بمعنى أنه لم يزد في أطرافه ولا في

عدده ، والرطوبة اذا طالت تفرع لها أغصان وحدثت أعيان لم تكن فهو
كالمسألة الأولى سواء •

وحسن المصنف هذا الجواب بقوله : ان تلك الزيادة لا حكم
لها ، فلم يقل انها ليست بعين ، فانها عين قطعاً ولهذا احتاج الأولون
يفسرون ذلك بعدم زيادة أطرافه وعدده ، لكنها — وان كانت عينا —
فلا حكم لها ، بدليل أنه يجبر على التسليم معها فعبارة المصنف أسلم
عن المشاححة ، وقد يفرض طول الرطوبة من غير تفرع الأغصان ، ومما
يدل على ذلك أنه لو باع الرطوبة وطولها ذراع فأجبر في نصف طوله
قبل القبض سقط من الثمن بقدره بخلاف السمن ، فانه لو هزل في
يد البائع لم يسقط شيء ، وقال القاضي أبو الطيب : ان الزيادة في
الرطب حدثت في الأصول التي في الأرض ، فهي بمنزلة حدوث حمل
آخر من الثمرة ، وقال الماوردي : انها عين متميزة بخلاف الكبر
والسمن فانه ليس متميزاً •

(واعلم) أن هاتين الطريقتين على ما ذكره المصنف متفقتان
على أن الزيادة التي حصلت في الرطوبة للبائع ، وليست للمشتري ،
وكذلك قال القاضي أبو الطيب والمحاملي والشيخ أبو حامد قبلهما
والقاضي حسين ، وذكر الماوردي في حكاية الطريقة الجازمة بالصحة
أن الزيادة للمشتري لأنها لا تتميز ، فان صح ذلك ففي المسألة ثلاث
طرق ، وقال ابن أبي عمرون : ان الأصح من قولى أحد الطريقتين
الانفساخ كما ذكره في المسألتين السابقتين ، وقول المصنف : فسخ ،
أى يفسخه الحاكم ، كذلك صرح به الماوردي ، وقوله على القولين
أى القولين في اختلاط الثمرة المبيعة •

(واعلم) أن في مسألة الرطوبة ومسألة اختلاط الثمار المبيعة ،
يقال للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقد ، وان لم تسمح فسخ
البيع ، كما قال المصنف هناك ، ولا يقال للمشتري : ان سمحت بحقك
أقر العقد وفي مسألة اذا باع الشجرة واختلطت الثمار الموجودة
بالحادثة يقال لكل منهما : ان سمحت بحقك أقر العقد والفرق أن
في المسألتين الأوليين اذا ترك المشتري حقه غاز البائع بالمعوض
والمعوض •

(فرع) باع شجرة الباذنجان ان بلغ نهايته فان كان في الخريف لا يحتاج الى شرط القطع ، والا فبشرط القطع ، فان كان عليه نور فهو للمشتري . والا فهو للبائع كما في سائر الثمار ، ولا يدخل في مطلق العقد الا بالشرط ، فلو ظهر باذنجان آخر واختلط بالأول بحيث لا يتميز ففيه طريقتان كما ذكرنا ، وهكذا في البطيخ والقثاء وما في معناها . قاله القاضي حسين ، وقال الروياني في هذا الفرع : ان باع الأصل مع الثمرة لابد من شرط القطع ، فان شجر الخربز والباذنجان والقثاء زرع وقد تقدم في كلام الامام ما يخالفه ، وقال الخوارزمي : ان باع الأصول قبل خروج حملها لم يجز الا بشرط القطع ، وان باع بعد خروج حملها ، فان باعها مع الحمل جاز مطلقا ، وان باعها دون الحمل أو مطلقا فالحمل الموجود للبائع ، والحادث للمشتري .

ومقتضى كلام القاضي حسين الذي حكىته أنه اذا باع البطيخ مع أصوله لم يصح الا بشرط القطع ، بخلاف النخل ، وكذلك قال الامام والغزالي ، قال ابن الرفعة : وهو أفقه يعنى من الامام ، والمنقول الأول ، يعنى كلاما عن البندنجي وغيره يقتضى أنه يجوز مطلقا .

(فائدة) ان قلت : ما وجه تأخير هذه المرتبة عن المرتبة الثانية ، فان في هذه المرتبة اختلط المبيع بغيره ، فهي أشبه بالمسألة الأولى (قلت) المرتبتان الأولىان الاختلاط فيهما ظاهر ، اما اختلاط المبيع بغيره في المرتبة الأولى واما اختلاط المقصود منه بغيره في المرتبة الثانية ، وفي هذه المرتبة القائل الأول يقول : ليس فيها اختلاط ، وانما هو زيادة المبيع في نفسه . ولو كان كما قال هذا القائل لأجبر البائع على تسليم الرطبة بكمالها . ولم يقل به أحد كما أثار اليه المصنف . فالنزاع في المرتبة الثانية في المختلط فيها . هل هو كالمختلط في المرتبة الأولى أو لا ؟ والنزاع في الاختلاط هل هو كذلك الاختلاط أو لا ؟ فذكر المصنف الاختلاط المحقق بقسميه . ثم لما فرغ منه ذكر ما يقبل النزاع في كونه اختلاطا أو لا ؟ لكن اجراء القولين هنا فيما أظنه أولى من اجرائهما في 'المرتبة الثانية لأن الاختلاط حقيقى ، وانكار ما فيه ارتكاب ضرب في المجاز أو القياس . وكون المرتبة الثانية كالأولى على العكس من ذلك . وكذلك قلت في هذه المرتبة الأخرى ، ولم أقل

الثالثة • وذلك أن جماعة من محققى الأصحاب كابى حامد والماوردى اختاروا اجراء القولين هنا دون المرتبة الثانية •

ولو اشترى وديا^(١) فكبر فانه للمشتري قولاً واحداً لأنها زيادة غير مميزة • قاله ابن أبى هريرة وغيره • وجعله القاضى حسين فى تعليقه قاعدة عامة أنه اذا اشترى شجرة وتركها حتى تكبر وتطول وتزداد كثيراً ، فان كان مما لا يتكرر قطعه مثل شجرة التفاح وأنواعه فيكون الكل للمشتري ، وان كان مما يتكرر قطعه مثل الخلاف والقصب يخرج على القولين ، وفى الفتاوى المنسوبة اليه فيما اذا اشترى شجرة بشرط القطع فلم تقطع حتى نما وكبر اطلاق القولين فى انفساخ العقد ، ثم قال جامعها بعد هذه المسألة ليست عن القاضى ، وانه ينبغي أن تكون للمشتري ، ولا خيار له لأنه ملك أصلها كالثمرة ، ثم قال : ورأيت للشيخ أبى المعالى أنه ان كانت الشجرة مما لا يخلف فللمشتري ، كالصنوبر والنخل ، وان كان يخلف كالقطن فقولان •

(قلت) وسنذكر من كلام صاحب التتمة أنه اذا اشترى الزرع بشرط القطع أن المشتري لا يملك أصوله ، وأنها للبائع ، وتنبأ ذلك أن تكون الشجرة أيضاً كذلك ، وأن تكون زيادتها كاختلاط المبيع بغيره ، فيجوز القولان كما اقتضاه باقى الفتاوى ، والذي قاله فى التعليقة ، وقال ابن أبى هريرة : محمول على ما اذا باع مطلقاً ، فانه فيما لا يستخلف لا يحتاج الى شروط القطع • وتكون أصوله للمشتري •

(فائدة) هذه المسألة تنبهك على أن المشتري اذا اشترى جذة من الرطبة لا يملك منها الا الظاهر على وجه الأرض ، وقد تشدد عن الماوردى حكاية خلاف فى أن الجذة المراد بها الظاهر على الأرض أو ما جرت العادة بجذده ، وهذا الوجه لا يجتمع مع كلامهم فى هذه المسألة الا أن يكون قد عين فى فرض هذه المسألة أنه لا يملك شيئاً من الباطن •

(فروع) الزروع التى تحصد مرة واحدة اذا اشترىها بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد قال صاحب التتمة : فالزيادة للبائع ،

(١) الودى كغنى : صغار الفسيل من النخيل (ط) •

والحكم على ما ذكرنا . يعنى فى مسألة زيادة الرطبة واختلاطها قال :
حتى لو تسنبل تكون السنبال للبائع ، اللهم الا أن يكون اشترى الزرع
بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد فتكون الزوائد له لأنه ملك
أصول الزرع التى منها تحصل الزيادة ، هكذا قال صاحب التتمة
(فأما) قوله : الزيادة للبائع ، والحكم كما فى مسألة الاختلاط فهو
مخالف لما تقدم عن الامام أنها للمشتري بالاتفاق .

(وأما) قوله : حتى لو تسنبل تكون السنبال للبائع ، ففيه نظر
لأن السنبال ليست حادثة من خاص ملكه ، بل هى منها على رأيه
وجعلها للمشتري أقرب (وأما) قوله : اللهم الى آخره فهكذا وجدته
فى النسخة ، والظاهر أنه غلط (والصواب) القلع باللام ، وعلى هذا
يصح ، فإنه اذا اشتراه بشرط القطع من أصوله كانت الأصول ملكه ،
فكل ما حدث منه كان للمشتري ، لأنه زيادة ملكه ، والله أعلم . وقد
صرح صاحب التهذيب بأنه اذا باع القوط بشرط القلع فلم يقلع حتى
ازداد يكون ما حدث للمشتري ، لأنه ملك أصله . وقد تقدم التنبيه
على ذلك أول المسألة .

(فرع) اذا اشترى أصول البطيخ تقدم عن الامام والمتولى
وغيرهما أنه لا يجوز الا بشرط القطع . قال صاحب التتمة : أو القلع ،
وقال صاحب التتمة : الا أنه اذا اشترى أصول النبات بشرط القلع
ثم استأجر الأرض أو استعار ولم تبلغ الأصول ، فما يحدث يكون
ملكاً له ، لأنه فرع أصل مملوك . وهذا من صاحب التتمة على ما ذكره
فى الفرع المتقدم أنه اذا اشترى الزرع بشرط القطع لا يملك
أصوله . وقد تقدم عن الأصحاب أن الطريق الى ملك ما يحدث من
البطيخ أن يشتري الأصول بشرط القطع ، ويستأجر الأرض فلا يجب
عليه للقطع . وهذا الذى قاله المتولى ينبى على أنه لا يفيد اشتراط
القطع . بل لابد من اشتراط القلع . وينبى أن يكون ذلك مجزوما به .
لأن البطيخ مما يستخلف ، والله أعلم .

ولو باع أصول النبات مطلقا . قال المتولى : لا يدخل البطيخ الا
بالتصيص لأنها ثمرة ظاهرة حتى ان الذى هو يرى ولم يعتقد لا
يتبع الأصول ، بخلاف الثمرة التى لم تظهر تتبع الشجرة . لأن

الشجرة أصل مقصود ، والنماء تبسح له • فجعل ما لم يظهر من النماء تبعاً له • وأما هنا أصل النبت ليس بمقصود ، وإنما المقصود الثمار ، فلا يجعل المقصود تبعاً •

(فرع) قال الشافعي رضي الله تعالى عنه : ولا يجوز بيع القصيل الا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أو لا يستخلف ، ثم قال : فان اشتراه ليقطعه فتركه بغير شرط وقطعه بمكنة ، فالبائع بالخيار في ترك القصيل أو نقض البيع ، فهذا النص ان كان المراد به ما استخلف خاصة فهو أحد الطريقتين أو القولين اللذين نقلهما الأصحاب ، وان كان شاملاً لما يستخلف ولما لا يستخلف ففيه موافقة لما قاله صاحب التتمة • من أن الزيادة في الزرع الذي لا يستخلف للبائع ومخالفة لما قاله الامام ، قال صاحب التهذيب : انه لو باع القصيل أو الشجر المخلف كالخلاف والقصب أو ورق الفرصاد في أول خروجه بشرط القطع في ذلك كله ، فلم يقطع حتى زاد ، ففي انفساخ البيع قولان كالقت ، قال : وعندى ان كانت المقاطع معلومة مثل أغصان الفراسيد يبين مقاطعها • فما يحدث من الأوراق فوق المقطع والقول يكون للمشتري • وفي القت والكراث انما يفسخ لأن ما يحدث من أصله الذي لم يبيع غير متميز عما باع • لأنه لا يعرف مقاطعها بعد الزيادة •

(فرع) في زيادات أبي عاصم العبادي : اذا اشترى ورق الفرصاد مع أغصانه فتراخى القطع حتى مضى الوقت فله القطع ، وان اشترى الورق فقط فتأخر ففسد البيع في قول ، لأنه اختلط المبيع بغيره •

(فرع) ما لا يجوز بيعه الا بشرط القطع كالرطبة والقصيل والقصب والطرفاء والخشب والبردى في خرابزه ذكره ابن خيران في اللطيف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان له شجرة تحمل حملين ، فباع أحد الحملين بعد بدو الصلاح ، وهو يعلم انه يحدث الحمل الآخر ويختلط به ولا يتميز ، فالبائع باطل وقال الربيع : فيه قول آخر : ان البيع

يصح . ولعله أخذه من أحد القولين فيمن باع جذة من الرطبة ، فلم يأخذ حتى حدث شيء آخر ، أن البيع يصح في أحد القولين . والصحيح هو الأول ، لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه ، لأن العادة فيها الترك ، فإذا ترك اختلط به غيره ، فتمذر التسليم بخلاف الرطبة . فانه باعها بشرط القطع فلا يتعذر التسليم) .

(الشرح) ضبط في الاستقصاء حملين — بفتح الحاء — قال في الاستقصاء : وقال غيره : الحمل بالفتح ما كان في بطن أو على رأس شجرة . وبالكسر ما كان على رأس أو ظهر ، وحمل الشجرة مرتين ، يقال : ان ذلك في التين واللوز والرانج والأترج تحمل حملين ، وهذه المسألة كالتيقيد لما تقدم وتبين أن ما مضى من الكلام في اختلاط الثمار المبيعة إنما محله فيما إذا لم يكن الاختلاط غالبا ، أو كان غالبا ولكن شرط القطع على المشتري ، فلم يتفق حتى وقع الاختلاط . أما إذا كان الاختلاط غالبا ولم يشترط القطع فالبيع باطل كما ذكره المصنف وهنا ، وهو الصحيح المشهور المنصوص في الأم ، نص عليه في باب ثمر الحائط يباع أصله .

قال الربيع هناك : ولشافعي في مثل هذا قول انه ان شاء رب الحائط أن يسلم ما زاد من الثمرة التي اختلطت بثمرة المشتري صح ، قال الحاملي : وهذا ليس بمنصوص ، وإنما أخذه الربيع من أحد القولين فيما إذا باع جذة من الرطبة ، فلم يجزه المشتري حتى حدثت أعيان آخر ، فان الشافعي نص في تلك المسألة على قولين : فخرج الربيع قولاً آخر في هذه المسألة بناء على تلك ، قال الحاملي : وغلط في هذا ، والمذهب أن البيع يبطل قولاً واحداً ، والفرق أن الرطبة إنما تباع على شرط القطع ، فالبيع معلوم مقدور على تسليمه : وإنما يخاف تعذر التسليم بمعنى ربما حدث ، وربما لم يحدث . فصح العقد وهنا وقع العقد على الثمرة الموجودة . والعقد يقتضى تبقيتها الى وقت الجذاذ . فإذا علم اختلاطها في تلك الحالة : فقد وقع العقد على ما يعلم تعذر تسليمه حال استحقاق التسليم . انتهى . وشبهوه بشراء العبد الآبق ، وقد أطبق جماهير الأصحاب على ترجيح القول بالفساد . ورد ما قاله الربيع .

قالوا : وانما وزان مسألة الرطبة لو باع الثمرة بشرط القطع ، فلا يبطل البيع . وقد نقل الامام قول الربيع المذكور في الكتاب عن العراقيين . قال : وذكر العراقيون قولاً بعيداً أن البيع موقوف . فان سمح البائع ببذل حقه تبيننا انعقاد العقد ، وان لم يسمح تبيننا أن العقد غير منعقد في أصله . وهذا قول مزيف لا أصل له ، وهو بمثابة المصير الى وقف بيع العبد الآبق على تقدير فرض الاقتدار عليه وفاقاً ، فان طردوا هذا فهو على فساد مطرد . وما أراهم يقولون ذلك . وأراد الامام بالقول الذي نقله العراقيون ما ذكره المصنف عن الربيع . لكن ليس في كلامهم الذي رأيت أنه ذلك من باب وقف العقود ، بل صرح المحاملي في حكاية هذا القول أنه يقال للبائع : اسمح بترك حقلك ، فان سمح والا فسخ العقد ، ولكن عبارة الربيع في الأم التي حكيت بعضها في صدر كلامي محتملة لما قاله الامام ، والأولى أن يترك على ما قاله المحاملي وحينئذ لا يكون من وقف العقود ، ولا يتبين انعقاد العقد أو عدم انعقاده .

وأما الزامهم بالعبد الآبق فالفرق أن الثمرة يمكن تسليمها بتسليم الجميع ، ولا كذلك الآبق ، لكن القول المذكور ضعيف بما ذكره المحاملي والمصنف ، فان الرطبة لأجل شرط القطع يمكن تسليمها ، وهنا الإبقاء بعد بدو الصلاح مستحق ، فلا يمكن التسليم ، وكونه تسليمه بتسليم الجميع لا يكفي لأن شرط العقد القدرة على التسليم الذي لو امتنع منه أجبر عليه وهو لا يجبر على تسليم الجميع ، وقد أورد ابن الرفعة على الامام والغزالي اذ قالوا ان الاختلاف بعد التخلية لا يوجب الانفساخ أن يقولوا بالصحة ههنا ، فان التسليم ممكن بالتخلية ، وللبائع اجبار المشتري عليها اذا باع مطلقاً لخروجه بذلك عن عهدة الضمان على هذا الرأي ، كما يكون ذلك في المنقول وحينئذ تساوى مسألة الرطبة ، نعم لو كان التسليم لا يمكن في حال الام مع الاختلاط لم يصح ذلك ، وذلك في جملة البئر اذا أقردت بالبيع وقلنا : الماء يملك ، وأورد صاحب الوافي أنه اذا علم حدوث ما تختلط به الثمرة المبيعة اذا تركها ، فينبغي أن يجب القطع للعدول الى ابطال البيع فيصح نقل الربيع .

(قلت) وإيجاب القطع بدون شرطه بعيد ، لأن المشتري لم يلتزمه :
ولا هو مقتضى العقد : والله أعلم .

وحقيقة الخلاف في هذه المسألة يرجع الى أن المتوقع كالواقع
أو لا ؟ والجمهور على أن المتوقع كالواقع ، ولهذا منعوا الأب من نكاح
جارية ابنه إذا قلنا : لو أحبلها صارت أم ولد له ، وشاهده من السنة
نهي صلى الله عليه وسلم « عن بيع الثمرة حتى تزهي » وأورد
ابن الرقعة على الامام أيضا في الزامهم العراقيين طرده ذلك في العبد
الآبق ، أنه أبدى في كتاب اللقيط احتمالا في جواز بيع العبد الآبق ،
المنقطع الخبر مع عدم اتصال الرفاق ، وعدم اجزاء عتقه عن الكفارة
ظاهر ، ثم قال : ومما يجب ذكره أنا إذا منعنا البيع فلو تبين بقاء
العبد فالظاهر عندي نفوذ البيع ، وإن كان يلتفت على الوقت ولكن
إذا بان الأمر من الملك والقدرة على التسليم فظن التعذر لا يبقى
أثره مع تبين خلافه ، وكان في المعاملات يضاهى صلاة الخوف مع
سواد يحسبه عدوا ثم بان خلافه .

(فرع) إذا اشترى الشجرة المذكورة بعد ظهور أحد الحملين
وتأبيره وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به فأطلق الرافعي
وغيره أن البيع باطل الا بشرط القطع ، وقال : انه يجيء فيه الخلاف ،
يعنى خلاف الربيع ، ولم يذكر أنه على طريقة ابن خيران كيف يكون
الحكم ؟ وينبغي على طريقة ابن خيران في المسألة المتقدمة بالصحة
الحكم ، وعلى الطريقة المثبتة للخلاف يكون كما لو باع أحد الحملين
فالمشهور البطلان الا بشرط القطع ، والله أعلم .

وإذا باع شجرة واستثنى ثمرتها التي لم تؤبر فانه لا يشترط
شرط القطع على الصحيح . وإذا باع شجرة وبقيت ثمرتها المؤبرة
للبياع قبل بدو الصلاح لا يشترط قطعها جزما ، وإذا باع ثمرة
بعد بدو الصلاح فعلم اختلاطها بغيرها قبل الجذاذ بطل العقد
على أحد القولين ، ولو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة واختلطت بثمره
أخرى فكذلك على المذهب . ولو باع رطبة أو شبة مما ذكرناه هنا
لم يجز الا بشرط القطع .

ولو باع الأرض وفيها رطبة تبقى للبايع ، ويعلم اختلاطها بغيرها ،

فهو كما لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة يعلم اختلاطها بغيرها ،
ومقتضى المذهب كما قدمته اشتراط القطع فكذا هنا ، وظهر لك
بجميع هذه المسائل أن اطلاقهم عدم اشتراط القطع فيما اذا بقيت
الثمرة للبائع قبل التأبير بالشرط ، أو بعد التأبير وقبل بدو الصلاح
بالعقد ، محمول على ما اذا لم يكن تلاحق الثمار غالبا ، اما لو كان
غالبا فمقتضى ما تقرر بطلانه ، كما اذا باع ثمرة يعلم تلاحقها بغيرها
وليس لك أن تفرق بأن الثمرة هناك مبيعة ، فتعذر تسليمها موجب
للإعلان بخلاف ما اذا بقيت للبائع ، فانها ليست بمبيعة ، لانا نقول :
ان هذا المعنى هو الذى لحظه ابن خيران فيما اذا باع الشجرة وعليها
ثمرة فاختلطت بغيرها ، وقد أبطله الأصحاب هناك .

ولو باع شجرة وعليها ثمرة غير مؤبرة واستثناهما البائع ، اما
بشرط القطع ان شرطناه أو بدونه ، فحدث طلع آخر ، فهل يكون
حكمه ما اذا بقيت الثمرة المؤبرة للبائع وحدث طلع آخر ؟ فيجوز
فيه الوجهان في أن الطلع يكون للبائع ؟ أو للمشتري ؟ أو نقول هنا :
ان الطلع الحادث للمشتري قولا واحدا ؟ لأن الثمرة غير المؤبرة
انما بقيت بالشرط ، فلا يستتبع الطلب الحادث ، لم أر في ذلك نقلا
(فان قلنا) ان الطلع للبائع تبعاً للثمرة فلا كلام (وان قلنا)
للمشتري وكان الغالب تلاحقه فهل يصح من غير شرط ، فيصير كما
لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة ، يعلم اختلاطها بغيرها ، وقياس
المذهب فيها البطلان .

ولو اشترى شجرة القناء والبطيخ ونحوه مع ثمرتها ، اشترط
القطع لأنه كالزراع . ثم ان لم يتفق القطع حتى خرج شيء آخر
فالخارج والموجود كله للمشتري وهذا هو الوجه في تحصيل كل الثمرة
الموجودة وبغيرها للمشتري .

وان أراد الخلاص من مطالبتة بالقطع استأجر منه الأرض سنة
أو سنتين فيحصل له منفعة تلك المدة . ولا يملك صاحب الأرض مطالبتة
بالقطع ، قاله الروياني وغيره .



باب بيع المصراة والرد بالعيب (※)

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا اشترى ناقة أو شاة أو بقرة مصراة ولم يعلم بأنها مصراة ، ثم علم أنها مصراة ، فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد ، لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تصروا الإبل والغنم للبيع ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثا ، أن رضيها أمسكها ، وأن سخطها ردها وصاعا من تمر » وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، فإن ردها رد معها مثل - أو مثلى - لبنها قمحا ») .

(الشرح) حديث أبي هريرة متفق عليه ، رواه الأئمة مالك في الموطأ والشافعي رضي الله عنه والبخاري ومسلم في صحيحيهما وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه ، وليس في شيء من ألفاظهم ولا في غيرها مما وقفت عليه من كتب الحديث اللفظ الذي أورده المصنف هكذا ، وهذا الحديث رواه عن أبي هريرة جماعة ، منهم عبد الرحمن الأعرج المشهور بصحته ، ولفظه « لا تصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها أن رضيها أمسكها ، وأن سخطها ردها وصاعا من تمر » رواه البخاري ومسلم وأبو داود ، وليس فيه : « بعد أن يحلبها ثلاثا » . وكذلك رواه الشافعي وفيها زيادة : « لا تصروا الإبل والغنم للبيع » كذلك رواه المزني عنه . وقيل : أن المزني انفرد بهذه الزيادة عن الشافعي رحمه الله تعالى .

وأما الربيع فإنه روى عنه كما روى الجماعة بدون هذه الزيادة ، ومن الرواة له عن أبي هريرة رضي الله عنه أبو بكر محمد بن سيرين ، ولفظه « من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، فإن ردها رد معها صاعا من التمر لا سمراء » وفي رواية من طريقه « من اشترى

(※) هذا الباب هو أول الجزء الثاني عشر من ش و ق وهو آخر ما كتبه الإمام السبكي محاولا تكملة المجموع .

مصراة فهو بخير النظرين ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصراعا
من تمر لا سمراء» (١) رواهما مسلم وأبو داود •

وروى الترمذى والنسائى وابن ماجه بعض ذلك • وروى أبو صالح
عن أبي هريرة ولفظه « من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثه
أيام ، ان شاء أمسكها ، وان شاء ردها ورد معها صاعا من تمر » .
رواه مسلم ، قال البخارى : قال بعضهم عن ابن سيرين : صاعا من
طعام • وهو بالخيار ثلاثا • وقال بعضهم عن ابن سيرين : صاعا من
تمر • ولم يذكر ثلاثا والتمر أكثر • اه كلام البخارى ورواه عن
أبي هريرة موسى بن يسار ولفظه « من اشترى شاة مصراة فليقلب
بها فليحلبها ، فان رضى حلابها أمسكها والا ردها ، ورد معها صاعا
من تمر » . رواه مسلم • ورواه عن أبي هريرة أبو صالح ولفظه « من
ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام ، ان شاء أمسكها ، وان شاء
ردها ورد معها صاعا من تمر » رواه مسلم •

وفى لفظ من رواية ابن سيرين « من اشترى من الغنم فهو
بالخيار » رواه مسلم ، ورواه عن أبي هريرة همام بن منبه ولفظه « اذا
ما أحدكم اشترى نعجة مصراة — أو شاة مصراة — فهو بخير النظرين
بعد أن يحلبها ، اما هى والا فليردها وصاعا من تمر » رواه مسلم •
قال بعضهم : وهو دليل على الرد بغير أرش • ورواه عن أبي هريرة
نابت مولى عبد الرحمن بن زيد ، ولفظه « من اشترى غنما مصراة
فاحتلبها ، فان رضىها أمسكها وان سخطها ففى حلبتها صاع من تمر »
رواه البخارى وأبو داود • وقال بعضهم : وهو دليل على أن صاع
التمر فى مقابلة اللبن وأنه أخذ قسطا من الثمن •

ورواه عن أبي هريرة الشعبى ولفظه « من اشترى منكم محفلة
فكرها فليردها وليرد معها صاعا من طعام » رواه ابن الجارود • وفى
لفظ من رواية ابن سيرين « من اشترى نعجة مصراة — أو شاة مصراة —
فحلبها فهو بأحد النظرين بالخيار ان شاء ردها واناء من طعام » رواه
البيهقى عن أبي عبد الله الحاكم بسند صحيح ، وكل هذه الألفاظ

(١) قال الترمذى ، ومعنى قوله « سمراء » أى لا بر •

مرفوعة الى النبي صلى الله عليه وسلم فهذه روايات أبى هريرة ليس في شيء منها اللفظ الذي ذكره المصنف بتمامه ، بل طريق الأعرج جمعت بين النهي عن التصرية وبين حكمها من غير ذكر الثلاث .

وطريق ابن سيرين وأبى صالح فيها ذكر الثلاث ، وهي مقتصرة على بيان الحكم والظاهر أنهما حديثان وليسا حديثا واحدا حتى يمكن أن تضاف هذه الزيادة الى الرواية الأولى ، بل والمعنى أيضا مختلف لأن رواية ابن سيرين وأبى صالح اللتين فيهما ذكر الثلاث (فالأول) يقتضى اثبات الخيار ثلاثا من غير بيان ابتدائه (والثاني) يقتضى اثبات الخيار من غير بيان مدته ، فالجمع بينهما كما في الكتاب يقتضى التصريح بحكم لم يصرح به في شيء من الروایتين ، وهو أن يكون الخيار يعد الحطب ثلاثا . فالثلاث اما راجعة للخيار فيقتضى أنه بعد حطبها ثلاثا يثبت الخيار وكل واحد من الأمرين لم يدل عليه شيء من الروايات صريحا ، وأما الثاني فلم يدل عليه أصلا لا صريحا ولا ظاهرا . ومن ذكر الحديث كما ذكره المصنف سواء ، العبدري في الكفاية والرافعي في التهذيب وقالا : رواه البخاري ومسلم وينبغي أن يكون مرادهما أصل الحديث ، لا ذلك اللفظ ، ومن ذكره كذلك أيضا الشيخ أبو حامد في تعليقه ، وذكر أنه حديث مختصر المزني ، والمصنف تبع الشيخ أبا حامد في ذلك ، والموجود في مختصر المزني ليس فيه هذه اللفظة ، ولم يذكرها القاضي أبو الطيب في تعليقه أيضا ، وانما ذكر على الصواب ، وذكره ابن أبى هريرة في تعليقه بلفظ قريب مما ذكره المصنف فيه الخيار ثلاثا ، وليس فيه : بعد أن يحطبها ، وهو مصدر بالنهي كما ذكره المصنف وهو في الغرابة كاللفظ الذي أورده المصنف ، وذكره أيضا جماعة من الأصحاب منهم الغزالي كما ذكره المصنف .

وأصل الحديث ثابت متفق عليه بالألفاظ المتقدمة على ما تبين ، أجمع أهل العلم بالحديث على صحته وثبوته من حديث أبى هريرة ، رواه عنه الأعرج ومحمد بن سيرين وأبو صالح السمان وهمام ابن منبه وثابت مولى عبد الرحمن وقد تقدمت روايتهم ، ومحمد ابن زياد ورواياته في جامع الترمذي بقريب من الألفاظ المتقدمة وموسى بن يسار ، وقد تقدم ومجاهد وأبو أسحاق ويزيد بن عبد الرحمن ابن أذينة وغيرهم ، ورواه عن هؤلاء وعن بعضهم خلائق لا يحصون ،

حتى ادعى بعضهم أنه صار الى التواتر ، وقال ابن عبد البر : حديث
المصراة ثابت صحيح لا يدفعه أحد من أهل العلم بالحديث .

وأما حديث ابن عمر فرواه أبو داود وابن ماجه باللفظ الذي
ذكره المصنف قال الخطابي : وليس اسناده بذاك ، قال الحافظ
المنذرى : والأمر كما قال : فان جميع بن عمير ، قال ابن نمير : من أكذب
الناس ، وقال ابن حبان : كان رافضيا يضع الحديث (قلت) وجميع
هو الذي رواه عن ابن عمر وهذا الكلام عن ابن نمير وابن حبان
من أئسد ما قيل فيه وقد قال ابن أبي حاتم : سألت أبا عنه فقال :
من عتق الشيعة ومحل الصدق صادق الحديث كوفي تابعي .

وقال البخارى فى التاريخ الكبير : فيه نظر ، وقال البيهقى فى
المعرفة لما ذكر هذا الحديث : هذه الرواية غير قوية ، وقال فى كتاب
السنن الكبير : تفرد به جميع بن عمير وذكر عبد الحق هذا الحديث
فى الأحكام ولم يتعرض لحال جميع بن عمير هذا ، وانما بمصدقة
ابن سعيد الراوى عن جميع ، فانه أيضا ليس بالقوى ، فهذا ما يتعلق
بالحديثين اللذين فى الكتاب .

وقد روى حديث المصراة عن ابن عمر أيضا بما يوافق رواية
أبى هريرة رواه الدارقطنى من حديث ليث عن مجاهد عن ابن عمر
وأبى هريرة رفعاً الحديث « لا يبيع حاضر لباد ، ولا تلقوا السلع
بأفواه الطرق ، ولا تتاجشوا ولا يسم الرجل على سوم أخيه ،
ولا يخطب على خطبة أخيه ، حتى ينكح أو يرد ، ولا تسلم المرأة
طلاق أختها لتكتفى ما فى صحبتها (١) ، فانما لها ما كتب لها ولا تبعوا
المصراة من الابل والغنم ، فمن اشتراها فهو بالخيار ان شاء ردها
وصاعا من تمر ، والرهن مركوب ومطلوب » وليث المذكور فى سنده
هو ليث بن أبى سليم ، ولا تقوم به حجة عند أكثر أهل العلم بالحديث .
وروى الدارقطنى من حديث كثير بن عبد الله عن أبيه عن جده ، وهو
عمرو بن عوف المزنى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

(١) الصفحة اثناء كالتصعة والجمع صحاف مثل كلبة وكلاب ، وقال
الزمخشري قصعة مستطيلة .

« لا جلب ولا جنب ولا اعراض ، ولا يبيع حاضر لباد ولا تصروا الابل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو اذا حلبها بخير النظرين ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر » وكثير بن عبد الله هذا ضعيف جدا .

قال الشافعي رحمه الله فيه : ركن من أركان الكذب . وقال ابن حبان : له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة . قال الدارقطني عقب هذا الحديث : تابعه عاصم بن عبيد الله عن سالم عن ابن عمر في المصرة . وروى البيهقي رحمه الله في السنن الكبير بسند جيد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى التابعي الكبير الثقة المشهور عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه نهي عن أن تتلقى الأجلاب وأن يبيع حاضر لباد ومن اشترى مصرة فهو بخير النظرين ، فان حلبها ورضيها أمسكها ، وان ردها رد معها صاعا من طعام — أو صاعا من تمر » قال البيهقي : يحتمل أن يكون هذا شكا من بعض الرواة فقال : صاعا من هذا أو من ذاك لا أنه على وجه التخيير ليكون موافقا للأحاديث الثابتة في هذا الباب .

وروى البيهقي رحمه الله أيضا من حديث اسماعيل بن مسلم عن الحسن بن أنس بن مالك رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من اشترى شاة محفلة فان لصاحبها أن يحتلبها ، فان رضيها فليمسكها والا فليردها وصاعا من تمر » اسماعيل بن مسلم متروك . وروى أبو بكر الاسماعيلي رضى الله عنه في كتابه الصحيح المستخرج على صحيح البخاري رحمه الله من حديث سليمان التيمي عن عبد الله ، وهو ابن مسعود رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من اشترى شاة محفلة فردها فليرد معها صاعا » رواه من حديث أبي خلف العمي لكنه اختلف في وقفه ورفع ، فرواه البخاري في الصحيح موقوفاً من قول ابن مسعود رضى الله عنه ، وكذلك رواه الشافعي في الأم في أحكام على وابن مسعود رواه عن هشام . هكذا رأيت في الأم .

وقال ابن الأثير فيما بلغه عن هشام : وقال الاسماعيلي ان أبا خالد رفعه وان ابن مبارك ويحيى بن سعيد وابن أبي عدي ويزيد

ابن زريع وهشاما وجريرا وغيرهم رواه موقوفا على ابن مسعود .
ورواه البرقاني موقوفا على شرط البخاري . وزاد « من تمر ماله »
والاسناد والحكم على طريقة المحدثين شرط في مثل هذا الموضع
للووقف وتقديمه على رواية الرفع .

أما على طريقة الفقهاء فينبغي الحكم للرفع ، وان أبا خالد وهو
سليمان بن حبان الأحمر ، لأنه احتج به الشيخان ، ومن رفع معه
زيادة على من وقف ، والمخالف في هذه المسألة يحكم بصحة مثل ذلك .

فقد تلخصت روايات حديث المصراة من طريق أبي هريرة وابن عمر
وعمر بن عوف المزني جد كثير بن عبد الله رضى الله عنهم ورجل من
أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وأنس بن مالك وابن مسعود
رضى الله عنهم (وأصحها) رواية أبي هريرة رضى الله عنه ورواية رجل من
الصحابة سندهما جيد . ورواية ابن مسعود على طريقة المحدثين
ضعيفة في رفعها ويجب على طريقة كثير من الفقهاء التمسك بها
وترجيح الحكم بالرفوع ولا أرى التمسك بمثل هذا المصنف في مثل
هذا الموضع مع قوة الظن بالوقف لرجحان رواته كثرة وجلالة .

نعم ذكر الماوردي أن الشافعي رواه عن يحيى بن سعيد عن
التيمي ولم أقف عليه في كلام الشافعي ، فان صح ذلك وكان الرفع
فيه محققا تعين الحكم بصحته ، وقد ذكر الاسماعيلي عن يحيى بن سعيد
أنه ممن رواه موقوفا ، فان صح ما ذكره الماوردي فيكون عنه روايتان ،
والله أعلم .

(أما اللغة) فقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تصروا » فهو بضم
التاء المثناة من فوق وفتح الصاد وبعد الراء المشددة واو ، وفتح
لام الابل على مثال تركوا .

قال القاضي عياض : كذا صحيح الرواية من صرى اذا جمع مثقل
ومخفف ، وهو تفسير مالك له ، والكافة^(١) من أهل اللغة والفقهاء
وبعض الرواة تحذف واو الجمع وتضم لام الابل على ما لم يسم فاعله .

(١) سبق أن نبه الامام النووي على خطأ تعريف كافة في المجموع وفي
تهذيب الاسماء واللغات فقال : أهل اللغة والفقهاء كافة (ط) .

وبعضهم يقول يصروا - بفتح الياء وضم الصاد واثبات واو الجمع ونصب لام الابل - وخطأ القاضى هذين الوجهين وقال انهما لا يصحان الا على تفسير من فسر بالربط والشد من صر يصر . وقال فيه المصرورة ، وهو تفسير الشافعى لهذه اللفظة كأنه يحبس به بربط أخلافها وشدّها لذلك وخطأ ابن عبد البر الوجه الأخير وجعله وهما ، محتجا بأنه لو كان كذلك لكانت مصرورة . قال : وهذا لا يجوز عندهم . ولم يذكر ابن عبد البر الوجه الثانى ، وهو مثل الوجه الأخير ، وقيده الفارقى تلميذ المصنف بالوجه الثانى وابن معن شارح المذهب بالوجه الثالث ، وكلاهما خطأ ، والفارقى أقلّ عذرا لأن الواو ثابتة فى جميع ما وقفت عليه من كتب الحديث ونسخ المذهب .

قال الخطابى : اختلف أهل العلم واللغة فى المصرة ومن أين أخذت واشتقت ؟ (فقال) الشافعى رضى الله عنه : التصرية أن تربط أخلاف الناقة والشاة وتترك من الحلب اليومين والثلاثة حتى يجتمع لها لبن فيراه مشتريها كثيرا فيزيد فى ثمنها ، فإذا تركت بعد تلك الحلبة حلبة أو اثنتين عرف أن ذلك ليس بلبنها .

قال أبو عبيد : المصرة الناقة أو البقرة أو الشاة التى قد صرى اللبن فى ضرعها يعنى حقن فيه أياما فلم يحلب ، وأصل التصرية حبس الماء وجمعه ، يقال منه صريت الماء ، ويقال انما سميت المصرة لأنها مياه اجتمعت . قال أبو عبيد : ولو كان من الربط لكان مصرورة أو مصررة . قال الخطابى : كأنه يريد به الرد على الشافعى قال الخطابى : قول أبى عبيد حسن . وقول الشافعى صحيح . والعرب تصر ضرع الحلوبات اذا أرسلتها تسرح ويسمون ذلك الربط صرارا فإذا راحت حلت تلك الأمرة وحلبت ، وأستدل لصحة قول الشافعى بقول العرب « العبد لا يحسن الكر والفر وإنما يحسن الحلب والصر » ويقول متمم بن نويرة :

فقلت لقومى (١) هذه صدقاتكم مصررة أخلائها لم تجدد

(١) ومنها :

وقلت خذوا أموالكم غير خائف ولا ناظر فيما يجىء من الغد
فان قام بالأمر الخوف قائم منعنا وقتلنا : الدين دين محمد
من كتابنا « خالد بن الوليد قيادة ودعوة » .

قال : ويحتمل أن أصل المصراة مصرة ، أبدلت إحدى الراءين ياء ، وقال الأزهرى فى كلامه على مختصر المزنى : جائز أن تكون سميت مصراة من صر أخلافتها كما قال الشافعى رحمه الله ، وجائز أن تكون سميت مصراة من الصرى ، وهو الجمع ، يقال : صريت الماء فى الحوض إذا جمعته ، ويقال كذلك : الماء صرى ، وقال عبيد :

يا رب ماء صرى وردته سبيله خائف حدث

ومن جعله من الصر قال : كانت المصراة فى الأصل مصررة فاجتمعت ثلاث راءات فقلبت أحداها ياء كما قالوا : « تظننت من الظن » وكما قال العجاج :

* يَمْضَى الْبَازُ إِذَا الْبَازَى كَسَرَ *

هذا كلام الأزهرى رحمه الله ، وكلام الشافعى رحمه الله المذكور هو فى مختصر المزنى ، وقال النووى رحمه الله : وفى صحيح مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش والتصرية » قال : وهذا يدل لرواية الجمهور يعنى للضبط فى الرواية كما تقدم (وأما) الاشتقاق والمعنى المختلف فيه بين الشافعى وغيره فليس فيه تعرض له ، لأنه يصح ذلك مع ابدال الراء ياء ، على أنه ليس فى كلام الشافعى رحمه الله تصريح بأن ذلك مأخوذ من الصر ، وإنما مقصوده ومدلول كلامه أنه فسر التصرية بالأمور المذكورة فى كلامه من الربط والترك من الحلب حتى يجتمع اللبن والشك أن ذلك فيه معنى الربط والجمع معا ، فيحتمل أن تكون التسمية بذلك لأجل الجمع ، وذكر الربط لأنه المعتاد عند العرب على ما تقدم من كلام الخطابى ، ولأنه سبب فى احتباس اللبن .

وإذا كان كذلك فليس فى كلام الشافعى مخالفة لغيره الا زيادة تبين ما كانت العرب تفعله من ربط أخلاف الناقة والشاة ، ويحتمل أن يكون تسميتها بذلك لما اشتملت عليه من الصر والربط ، وحينئذ تتحقق المخالفة ، فالأقرب أن الشافعى إنما أراد المعنى الأول ، وقد قال أبو حاتم السجستاني : الشافعى أعلم باللغة منا ، نقله عنه الثعلبى فى تفسير سورة النساء .

ورويانا عن عبد الملك بن هشام قال : قول الشافعى حجة فى اللغة ،
قال الربيع : وكان ابن هشام بمصر كالأصمعى بالعراق ، وقال أبو عبيد :
الشافعى ممن يؤخذ عنه اللغة — أو من أهل اللغة — الشك من
ابن أبى حاتم •

وقال المازنى : الشافعى عندنا حجة فى النحو ، وقال أبو الوليد
ابن الجارود : ان للشافعى لغة جيدة يحتج بها كما يحتج بالبطن من
العرب ، وقال ثعلب : ان الشافعى رحمه الله من بيت اللغة يجب أن
يؤخذ عنه ، وقال أيوب بن سويد : خذوا عن الشافعى اللغة ، وقال
ثعلب أيضا : انما يؤخذ الشافعى باللغة لأنه من أهلها ، وانما ذكرت
هذه الأقوال كلها ليتبين قدر الشافعى عند أئمة اللغة وقد وقع
فى كلامه رحمه الله أن التصرية أن يربط أخلاف الناقة والشاة ، وأخلاف
جمع خلف — بكسر الخاء المعجمة وسكون اللام — قال ابن قتيبة :
الخلف لكل ذات خف ، والطى للسباع وذوات الحافر وجمعه أطياء ،
والضرع لكل ذات ظلف ، قال : وقد يجعل الضرع أيضا لذوات الخف •
والخف لذوات الظلف ، والثدى للمرأة •

(قلت) فاطلاق الشافعى أخلاف الناقة والشاة ، اما أن يكون
على هذا القول واما أن يكون من باب التغليب غلبنا الناقة على الشاة ،
والله أعلم ، وفى التصرية لغة التصوية بدل الرء واو ، قال الهروى :
التصوية والتصرية واحد • وهو أن تصرى الشاة أى تحفل ، قال
يوسف بن اسماعيل بن عبد الجبار بن أبى الحجاج المقدسى فيما علقه
من كتاب التنبية على تصحيح أبى عبيد الهروى فى كتاب الغريبين
تخريج ابن ناصر : قال الحافظ : هكذا رأيت فى عدة نسخ : يصر الشاة
بغير ياء ، والصواب أن يصرى باثبات الياء بعد الرء من حديث
الناقة •

(فاما) قوله : أن يصر فمعناه أن يشد ، وذلك يجوز . ولم
ينه عنه النبى صلى الله عليه وسلم (قلت) ولم أره فى الغريبين الا بالراء
والياء كما نقلته . فعمل النسخ التى وقعت لابن ناصر كانت مصحفة ،
ولو كان الأمر عنى ما وقع له من النسخ لكان ذلك قريبا من المعنى
المنسوب للشافعى . وقد تقدم الكلام فيه •

وما اعترض به من أن النهى لم يرد عن الصر ، فجوابه أن المراد أن يكون ذلك لأجل البيع على وجه الغش والخديعة ، كما دلت عليه رواية المزنى المتقدمة وكلا الأمرين الصر والتصرية حرام اذا قصد به ذلك ، وجائز اذا لم يقصد به ، ولم يترتب عليه خديعة ولا ضرر بالحيوان ، لكن الحكم المذكور من الرد وثبوت الخيار انما يكون في حالة يحصل فيها اجتماع اللبن لا في الصر المجرد لفهم المعنى ، والله أعلم .

واللقحة — بكسر اللام وفتحها — والكسر أفصح ، وجمعها لقح مثل قربة وقرب وهي الناقة القرية العهد بالولادة نحو شهرين أو ثلاثة ، والمحفلة هي التي حفل اللبن في ضرعها وهي المصرة (وقوله) بخير النظيرين هو امسك المبيع أو يرده أيهما كان خيرا له فعله (والحلاب) هو الاناء يملؤه قدر حلبه ناقة ، ويقال له المقلب أيضا ، وبعضهم يطلق فيقول : الحلاب الاناء الذي يحلب فيه اللبن ويطلق على المقلب وهو اللبن كالحراف لما يحترف .

وقال أبو عبيدة : انما يقال في اللبن الاحلابة والمشهور عند العلماء أن المراد بالحلاب في الحديث وكذلك الحلبة في بعض روايات الحديث اللبن نفسه ، ومن الظاهرية من امتنع من ذلك ، ورأوا أن هذا من المجاز الذي لم يدل نص على ارادته ، وسيقع الكلام في ذلك ان شاء الله تعالى في الفصل الثاني عند قول المصنف : بدل اللبن التمر والحنطة والطعام في بعض روايات الحديث .

وان كان مطلقا فالمراد به التمر ، واستدلوا على ذلك بأمرين (أحدهما) أنه كان الغالب على أطعمتهم (والثاني) لأن معظم روايات الأحاديث انما جاءت « وصاعا من تمر » ويحتمل وجها ثالثا من الاستدلال ، وهو حمل المطلق على المقيد وليس من شرط ذلك أن يكون هو الغالب ولا أن يترجح روايته ، هذا ما في حديث الكتاب وطرقه من اللغة ، وتبويب المصنف المتصود به ذكر الأسباب المثبتة لخيار النقيصة ، وهو ما ثبتت بفوات أمر مظلون ينشأ فيه من تغيير فعلى كالتصرية ، أو نص عرفي كالعيب فان العرف يقتضى السلامة أو التزام شرطى كشرط الكتابة ونحوه اذا خرج بخلافه .

وقد ضمن المصنف هذا الباب هذه الأقسام الثلاثة على هذا الترتيب ، وقدم التصرية لأنها المنصوص عليها ، وذكر الرد بالعيب بعد ذلك ، وقاسه عليها ، كما سيأتى فى كلامه ، وقد أورد فيه حديثا نصا سنذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى ثم ذكر بعده خيار الخلف الذى يثبت بفوات الالتزام الشرطى وجعل مؤخرا عن الرد بالعيب (اما) لأنه ورد فيه حديث أيضا أعنى الرد بالعيب ، واما لأن الرد بالعيب أكثر وقوعا ، وان كانا جميعا ثبتا بالقياس على التصرية كما اقتضاه كلام المصنف ، ولولا التصرية ورد فيها النص لكان يقتضى أن يقدم الالتزام الشرطى عليهما • لأن الملتزم بالشرط أؤكد من حيث المعنى من الملتزم بالعرف أو بقريئة الحال ولذلك قال الغزالى : ان الالتزام الشرطى هو الأصل وما عداه ملحق به ، يشير الى هذا المعنى ، فكان ذلك كنص فى فرع ليس فيه الا أصل واحد ، فانه يتبين بذلك حكم ذلك الأصل ، ويصح أن يقال : ان حكم الفرع مأخوذ من ذلك الأصل وان كان منصوصا ، وهذا المعنى ذكره القاضى حسين فى نص الشافعى على فرع يكون بهذه الصفة •

(وأما) اقتصار المصنف فى الترجمة على المصراة والرد بالعيب وسكوته على خيار الخلف ، وان كان الخلف ليس بعيب ، ولكنّه فوات فضيلة فلاجل استوائها فى النقص فيه بأحدهما على الآخر ، ولأن التصرية والرد بالعيب فرعان لأصل بالمعنى الذى لحظه الغزالى كما تقدم ، فذكرهما فى الترجمة منبه على أصلهما بطريق أولى ، ووضع المصنف هذا الباب لأنه فرع من الأبواب المتضمنة شروط العقد مطلقا فى باب ما يجوز بيعه وشروطه فى الربويات وبيع الثمار أخذ فى أسباب الفسخ واستدراك ما يقع فى البيع من العيب بالفسخ أو بالأرث ، وقول المصنف « أو بقرة » ليتبين أن الحكم غير مقصور على الابل والغنم اللذين ضمنهما الحديث الذى ذكره ، بل هو شامل اما بالقياس اذا اقتصر على الحديث الذى أورده المصنف ، وذلك من باب الأولى ، لأن لبن البقر أغزر وأكثر بيعا من لبن الابل واما بالنص ، فان فى الروايات الصحيحة التى تقدمت « من اشترى مصراة » •

وقال بعض شارحى التتبيه : ان ذلك للرد على الظاهريين الذين

خصوصا الحكم بالنصوص عليه من الابل والغنم ، وهذا الذي نقله عن
الظاهريين نقله القاضي أبو الطيب وغيره من أصحابنا عن داود ،
فصرح ابن المغلس وابن حزم الظاهريان بأن شمول الحكم تمسكا
بالنص العام وهو قوله « من اشترى مصراة » ولم يحكيا في ذلك
خلافًا ، وهو اللاتق بمذهبهم أخذا بعموم الخبر ، ولا يجب تقييد
أحد الخبرين بالآخر ، لأن ذلك انما يكون في المطلق ، والخبر ههنا
عام لصيغة « من » .

لكن يعرض ههنا بحثان (أحدهما) أن هذا الخبر الذي فيه
« من اشترى مصراة » من رواية ابن سيرين عن أبي هريرة كما تقدم ،
وقد تقدم من روايته أيضا « من اشترى شاة مصراة » ، وهذه
الرواية فيها زيادة ليست في الأولى ، وزيادة العدل مقبولة ، فيجب
العمل بها وعدم القول بالعموم ، فان الحديث واحد ومخرجه واحد ،
ووجه ادراك الصواب في هذا البحث أنا نظرنا الرواية العامة المذكورة
التي ليست فيها الزيادة وهي قوله « من اشترى مصراة » فوجدناها
من رواية سفيان بن عيينة عن أيوب عن ابن سيرين . وذلك في مسلم ،
ومن رواية هشام بن حسان عن ابن سيرين ، وذلك في ابن ماجه
بسند صحيح ، ومن رواية قره بن خالد عن ابن سيرين ، وذلك في
الترمذي بسند صحيح ، وعن رواية محمد بن زياد عن أبي هريرة
وذلك في الترمذي بسند صحيح ، ومن رواية موسى بن يسار عن
أبي هريرة ، وذلك في النسائي .

ونظرنا الزيادة فوجدناها من طرق (منها) عبد الوهاب عن أيوب ،
وفيها « من اشترى من الغنم » وهذا اختلاف عن أيوب عن سفيان
وعبد الوهاب ، والراوى عنهما شخص واحد ، وهو العدني (ومنها)
قره بن سفيان وفيها « من اشترى شاة مصراة » وهذا اختلاف
عن قره أيضا وكذلك موسى بن يسار واختلف عنه أيضا ، واختلف
أيضا عن هشام بن حسان وكلا السندين اليه على شرط الصحيح ،
فلما رأينا هذه الروايات والاختلاف نظرنا ما يقتضيه النظر في
ذلك فقلنا : جميع أصحاب أبي هريرة الذين ذكرناهم ههنا اختلف
عنهم في ذلك الا محمد بن زياد والشعبي فانه لم يختلف منهما فيما

علمنا ، ولم يرد عنهما الا الصيغة العامة ، والا ثابت مولى عبد الرحمن فلم يرد عنه الا الطريق المثبتة الزيادة وهى قوله « من اشترى غنما مصراة » فقد يقال : ان كل واحد من التسعى ومحمد بن زياد أجل من ثابت مولى عبد الرحمن ، وسفيان بن عيينة عن أيوب عن ابن سيرين أجل وأحفظ وأتقن ممن خالفه ، فتقدم رواية العموم لذلك •

وقد يقال : ان جانب الزيادة هنا ورد من طرق صحيحة ، واحتمال النقص فى رواية المتبث المتقن أولى من احتمال الخطأ والوهم بالزيادة فى حق الثقة ، والذي أقوله ان الحكم بالخطأ على راوى الزيادة ههنا بعيد ، فالأقرب أن تجعل الروايتان ثابتتين ، ولعل النبى صلى الله عليه وسلم تكلم بهما مرتين فرواهما أبو هريرة كذلك ويكون ذكر الغنم فى إحدى الروايتين على سبيل المثال ولو كان الحكم مقصورا عليه لما ذكر فى الابل ، وقد صح فى الابل من حديث الأعرج عن أبى هريرة •

(والبحث الثانى) اذا ثبتت الروايتان عن كلام النبى صلى الله عليه وسلم فمفهوم الرواية التى فيها التقييد لم لا يخص به عموم الرواية الأخرى كما مثله فى قوله « اذا أفضى أحدكم بيده الى فرجه » مع قوله « من مس فرجه » حيث خصوا عموم الثانى بمفهوم الأول ، فلا ينتقض بغير الافضاء الذى هو المس بباطن الكف • وذلك ههنا (اما) من مفهوم الشرط لقوله « من اشترى » (واما) من مفهوم الصفة لقوله « من اشترى من الغنم » وكلا المفهومين حجة عند كثير من العلماء (منهم) الشافعى والمفهوم يخص به العموم كما قلنا فى المس •

(والجواب) عن هذا أن جانب المفهوم ههنا ضعف بثبوت الحكم المذكور فى الابل صريحا بحديث الأعرج عن أبى هريرة ، ويفهم المعنى من ذلك بخلاف الأحاديث ، فان مبناها على التعبد ، فهذان الأمران أضعفا اعتبار المفهوم من قوله « من اشترى شاة » وقوله « من اشترى من الغنم » والثانى وحده يضعف اعتبار المفهوم من قوله « اذا اشترى أحدكم نعجة أو شاة » وأما الظاهرية فانهم غير قائلين بالمفهوم ، فلا يرد عليهم ، ويحتجون بالعموم لثبوته على ما تقدم ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

وقول المصنف « ولم يعلم أنها مصراة » شرط لا بد منه على أصح الوجهين عند الجمهور . منهم انقاض أبو الطيب . وفيه قول آخر مشهور في المذهب أن الخيار يثبت وان كان المشتري عالما بالتصرية حين العقد ، ويعبر عن الوجهين بأن هذا الخيار هل هو خيار عيب أو خيار ثابت بالشرع ؟ وبناهما الرافعى وغيره على أن الخيار هل يمتد ثلاثة أيام أو يكون على الفور ؟ (فان قلنا) بالأول ثبت مع العلم . والا فلا ، وسيأتى الوجهان في كونه على الفور أو الى ثلاثة أيام في كلام المصنف ان شاء الله تعالى (والصحيح) عند الرافعى ومن وافقه أن ذلك على الفور ، فالبناء حينئذ متجه .

(والمختار) أن يمتد ثلاثة أيام كما سيأتى ان شاء الله تعالى تقريره . والجمهور هنا أن متى علم المشتري بالتصرية حالة العقد لا يثبت الخيار ، وأن ذلك خيار ثبت لأجل النقص . ومن العجب أن الظاهرية لم يثبتوا الخيار هنا في حالة العلم ، ويحتاجون الى دليل في ذلك بأن اللفظ متأول ، وما ادعينا نحن من ظهور المعنى وفهمه هم لا يعتبرونه .

وقوله « فهو بالخيار . الخ » هذا هو الحكم المقصود من هذا الفصل ، وممن قال به من الصحابة عبد الله بن مسعود وأبو هريرة من فتياه ، صح ذلك عنهما ولا مخالف لهما من الصحابة ، ونقل العبدى القول به أيضا عن ابن عباس وابن عمر وأنس . وممن قال به من الفقهاء بعدهم الشافعى ومالك والليث وابن أبى ليلى وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود وأبو يوسف وزفر ومسلم بن خالد الزنجى وأبو عبيد وجمهور أهل الحديث .

(واتفق) جميع أصحابنا على ذلك تبعا لامامهم ، وخالف في ذلك أبو حنيفة ومحمد ، ورويت رواية غريبة بذلك عن مالك ، ذكر العتبي من سماع أئمه عن مالك أنه سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ابتاع مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحطبها ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر » فقال سمعت ذلك وليس بالثابت ولا الموطأ عليه ، ولئن لم يكن ذلك أن له اللبن بما علف وضمن (قيل) له : نراك تضعف الحديث (فقال) كل شيء يوضع موضعه وليس بالموطأ ولا الثابت وقد سمعته . قال ابن عبد البر :

هذه رواية الله أعلم بصحتها عن مالك وما رواها عنه الا ثقة ، ولكنه عندي
اختلاف من رأيه •

(قلت) وان صحت هذه الرواية عن مالك فينبغي أن يؤول قوله
« ليس بالثابت » على الحكم لا على الحديث ، فانه صحيح عنده
بلا اشكال ، وقد أودعه الموطأ المشهور عنه خلاف هذه الرواية ،
فالقول بمقتضى الحديث •

وقال ابن القاسم : قلت لمالك : أتأخذ بهذا الحديث ؟ قال :
نعم ، قال مالك : أو لأحد في هذا الحديث رأى ؟ قال ابن القاسم :
وأنا أخذته ، الا أن مالكا قال لى : أرى لأهل البلدان اذا أنزل بهم هذا
أن يعطوا الصاع من عيشهم (قال) وأهل مصر عيشهم الحنطة وقال
ابن عبد البر في التمهيد : ان الصحيح عن مالك ما رواه ابن القاسم ،
وان رواية أنسب منكورة • والله أعلم أما الاستدلال فدليلنا في المسألة
الأخبار المتقدمة وهى صريحة فى المقصود ، والمعنى فى ذلك صحيح
مستقيم غير خارج عن الأصول ، على ما سنبين فى أجوبة المخالفين
ان شاء الله تعالى •

ومن القياس على ما لو باع طاحونة حبس ماؤها زمانا ثم أرسله
حالة البيع فظن المشتري أنه أبدا كذلك ، ثم علم ، فانا أجمعنا على
ثبوت الخيار •

واعتمد المخالفون فى الاعتذار عن الحديث أمورا ضعيفة ترجع
الى طريقتين طريقة الرد وطريقة التأويل ، الأول أن هذا خبر واحد مخالف
لقياس من الأصول المعلومة ، وما كان كذلك لم يلزم العمل به ، أما
كونه مخالفا لقياس الأصول المعلومة فمن وجوه :

(أحدها) أنه أوجب غرم اللبن مع امكان رده •

(وثانيها) أنه أوجب غرم قيمته مع وجود مثله •

(وثالثها) أنه جعل القيمة تمرا ، وهى انما تكون ذهباً أو ورقا •

(ورابعها) أنه جعلها مقدرة لا تزيد بزيادة اللبن ولا تنقص
بنقصانه ، ومن حكم الضمان أن يختلف باختلاف المضمون فى الزيادة
والنقصان •

(وخامسها) أن اللبن أن كان موجودا عند العقد فقد ذهب جزء من المعقود عليه وذلك يمنع الرد ، وأن كان اللبن حادثا بعد الشراء فقد حدث على ملك المشتري فلا يضمه وأن كان مختلطا : فما كان موجودا منع الرد ، وما حدث لم يجب ضمانته •

(وسادسها) اثبات الخيار ثلاثا من غير شرط مخالف للأصول ، فإن الخيارات الثابتة بأصل الشرع من غير شرط لا تقدر بالثلاث •

(وسابعها) يلزم من العمل بظاهره الجمع بين الثمن والمثمن للبائع في بعض الصور ، وهو ما إذا كانت قيمة الشاة صاعا من تمر ، فأنها ترجع اليه مع الصاع الذي هو مقدار ثمنها •

(وثامنها) أنه مخالف لقاعدة الربا في بعض الصور ، وهو ما إذا اشترى شاة بصاع فإذا استرد معها صاعا من تمر فقد استرجع الصاع الذي هو الثمن ، فيكون قد باع شاة وصاعا بصاع ، وذلك خلاف قاعدة الربا عندكم ، فأنكم تمنعون مثل ذلك •

(وتاسعها) أنه أثبت الرد من غير عيب ولا شرط ، لأن نقصان اللبن ليس بعيب ولا الرد به بدون التصرية •

(وعاشرها) أن اللبن كالحمل لا يأخذ قسطا من الثمن والا لجاز إفراده بالعقد كالثمن ، وإذا لم يأخذ قسطا من الثمن لا يضمن •

(وأما) المقام الثاني وهو أن ما كان من أخبار الآحاد مخالفا لقياس الأصول المعلومة لم يجب العمل به فلأن الأصول المعلومة مقطوع بها ، وخبر الواحد مظنون ، والمظنون لا يعارض المعلوم •

(العذر الثاني لكم) أن هذا الحديث من أخبار أبي هريرة ، وإنما يقبل من أخباره ما فيه ذكر الجنة والنار (وأما) في الأحكام فلا يقبل ، وتارة يقولون أنه غير فقيه والحديث مخالف للقياس ، والصحابة ينقلون بالمعنى ، ولا ثقة برواية غير الفقيه •

(العذر الثالث) دعوى النسخ في هذا الحديث أنه يجوز أن يكون ذلك حيث كانت العقوبة بالمال جائزة •

(العذر الرابع) أن هذا حديث مضطرب لما وقع الاختلاف في ألفاظه ، وهذه الأمور الأربعة لترك العمل به بالكلية .

(العذر الخامس) في مخالفتهم نظاهر الحديث بتأويله واستعماله ، وحمله على ما اذا اشتراها فشرط أنها تحلب خمسة أرطال مثلا وشرط الخيار ، فانشرط فاسد ، فان اتفقا على إسقاطه في مدة الخيار مع العقد ، وان لم يتفقا بطل (وأما) رد الصاع ، فلأنه كان قيمة اللبن في ذلك الوقت .

والجواب في ذلك (أما) الأول فبالظن في المقامين جميعا (أما) قولهم انه مخالف لقياس الأصول فمن الناس من فرق بين مخالفة الأصول ومخالفة قياس الأصول: فخص الرد بخبر الواحد المخالف للأصول لا المخالف لقياس الأصول وهذا الخبر انما يخالف قياس الأصول ، وقياس الأصول يترك بخبر الواحد لأنه أقوى منه ، ولهذا قال أبو حنيفة رضى الله عنه : ان القياس أن الأكل ناسيا يفطر ، ولكن ترك القياس بخبر أبي هريرة « أطعمه الله وسقاه » وقبل أبو حنيفة خبر أبي هريرة في جواز التوضيء بالنبيذ ، وخبر زاذان في إبطال طهارة المصلى بالتهتة مع أنهما انما خالفا قياس الأصول ، ورد خبر التصرية وبيع العرية لأنهما خالفا أصول القياس عنده ، وصاحب هذه الطريقة ينزعه في ذلك ويقول : ان ذلك انما هو مخالف لقياس الأصول كالأول ، ومن سلك هذه الطريقة يسلم أن الحديث المذكور مخالف لقياس الأصول (ومنهم) من لا يسلم أن مخالفة الأصول أيضا قاذحة ، ويقول : أن ما ورد النص به فهو أصل بذاته ، لا يعتبر فيه موافقة الأصول كالدية على العاقلة ، والغرة في الجنين وغير ذلك ، وليس إبطال أصل لمخالفته أصولا أخرى بأولى من إبطال تلك الأصول لمخالفتها ذلك الأصل .

(والصواب) العمل بها جميعا ، ويعتبر كل أصل بنفسه ، وصاحب هذه الطريقة يقول : انه لا فرق بين مخالفة قياس الأصول ومخالفة الأصول ، وكلاهما لا يوجب الرد ، والأحاديث التي ذكروها في التصرية والتهتة وغيرها سواء في ذلك مع أن خبر التصرية أصح .

(واعلم) أن الأصول المختلف في رد الخبر بها هي المستتبطة التي تكون في نفسها محتلمة (أما) الأصول المقطوع بها فنص الكتاب والنواتر والاجماع أو الأصول التي في معناها كتحريم الضرب المستفاد من تحريم التأنيف^(١) فإذا ورد الخبر بخلافه رد ، ويعتقد أنه لم يصح ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لا يقول ما يخالف ذلك ، هكذا قاله الأستاذ أبو اسحاق الاسفرايني ، فهذان جوابان لجمالين عن دعوى مخالفة الأصول (ومنهم) من سلك في الجواب عن ذلك طريق التفضيل ، ويتبين أن ذلك ليس مخالفا لقياس الأصول من الوجوه التي ذكروها ، بل في الأصول ما يشهد له ويعاضده .

(أما) غرم القيمة مع امكان الرد فان رد اللين في التصرية غير ممكن لوجهين :

(أحدهما) نقص قيمته وذهاب كثير من منافعه بطول المكث .

(والثاني) أن لبن التصرية قد خالطه ما حدث في الضرع بعده على ملك المشتري ، فلم يمكن رده مع الجهل بما خالطه .

(وعن الثاني والثالث والرابع) وهو غرامة القيمة مع وجود المثل ، وكونه تمرا وكونه مقدرا مع اختلاف قدره — ان كان مجهول القدر مجهول الوصف — جاز الرجوع فيه الى بدل مقدر في الشرع ، من غير مثل ولا تقويم ، وقد وجد ذلك في مواضع (منها) الحر يضمن بمائة من الابل (ومنها) الجنين يضمن بالغرة . ويستوى فيه الذكر والأنثى (ومنها) المقدرات من جهة الشرع في الشجاج كالموضحة^(٢) مع اختلافها بالصغر والكبر (ومنها) جزاء الصيد فليس من شرط الضمان أن يكون بالمثل أو القيمة من النقيدين ، ولا من شرط المثل أن يضمن بالمثل ، والعدول في الأمور التي لا تنضبط الى شيء معدود ولا يختلف من محاسن الشرع قطعا للخصومة والتشاجر .

(١) لقوله تعالى : « فلا تقل لهما أف » (الاسراء : ٢٣) فتحريم التأنيف يجعل الضرب من باب أولى فيستفاد من تحريم التأنيف ما هو أشد منه وأكثر اذى .

(٢) الموضحة التي توضح ما تحتها من العظم .

وهذه المصلحة تقدر على تلك القاعدة الكلية ، والتعسر غالب أقواتهم
كما قدرت الدية بالأبل ، لأنها غالب أموالهم •

(وعن الخامس) وهو إيجاب الرد مع ما حدث في يد المشتري
من النقص من وجهين (أحدهما) أن النقص حادث في اللبن دون الشاة ،
وهو انما يرد الشاة دون اللبن (والثاني) أن النقص الحادث الذي
لا يتوصل الى معرفة العيب الا به لا يمنع من الرد ، كالذي يكون مأكوله
في جوفه اذا كسر •

(وعن السادس) وهو أن خيار الثلاث من غير شرطه مخالف
للأصول ، بأن الشيء انما يكون مخالفا لغيره اذا كان مماثلا له ،
وخولف في حكمه ، وهنا الصورة انفردت عن غيرها بأن الغالب أن
هذه المدة هي التي يتبين بها لبن الطلبة المجتمع بأصل الخلقة ،
واللبن المجتمع بالتدليس ، فهي مدة يتوقف على العلم عليها غالبا
بخلاف خيار الرؤية والعيب ، فانه يحصل من غير هذه المدة فیهما ،
وخيار المجلس ليس لاستعلام عيب ، وعلى أن لنا في تقييد خيار المصراة
خلافنا سيأتى ان شاء الله تعالى •

وانما جاء السؤال والجواب على ظاهر الحديث والوجه الموافق له •

(وعن السابع) وهو لزوم الجمع بين البذل والمبدل من ثلاثة
أوجه ، (أحدها) أن صاع التمرد بدل عن اللبن لا عن الشاة ، فلا يلزم
الجمع بين العوض والم عوض (الثاني) أن الحديث وارد على العادة
والعادة أن لا تباع شاة بصاع (الثالث) أن ذلك غير ممتنع كما
إذا باع سلعة بعبد ، قيمة كل منهما ألف ، ثم زاد العبد وبلغت قيمته
ألفين ، ووجد المشتري بالسلعة عيبا فيردها ، ويسترجع العبد وقيمته
ألفان ، وذلك قيمة الثمن والمثمن •

(وعن الثامن) وهو مخالفته لقاعدة الربا أن الربا انما يعتبر
في العقود لا في الفسوخ ولا في ضمان المتلفات •

(وعن التاسع) وهو اثبات الرد من غير عيب ولا شرط أن الخيار
ثبت بالتدليس ، كما لو باع رضى دائرة بماء قد جمعه لها ، وكما
لو سود الشعر ، فان العيب انما أثبت الخيار ، لأنه يتقص الثمن
به ، والتدليس كذلك ، ونحن نقول : أن هذا التدليس نفسه عيب •

(وعن العاشر) وهو كون اللبن غير مقابل بقسط من الثمن بالمبيع ، وأن اللبن يقابله قسط من الثمن كاللبن في الاناء (وقولهم) لو قابله قسط من الثمن لجاز افراده بالعقد ، منقوض بأساس الدار وأطراف الخشب التي في البناء ، لا يجوز افرادها ، ويدخل فيه على سبيل البيع ويقابلها قسط من الثمن •

(وأما) الحمل قلنا : فيه قولان ، فعلى قولنا بأنه لا يأخذ قسطا يفرق بينهما بأن الحمل غير مقدور على استخراج من الأم ، فهو بمنزلة اللحم المخلوق في الجوف بخلاف اللبن فإنه مقدور عليه ، فهذه الأجوبة دافعة لقولهم : انه مخالف لقياس الأصول •

ولئن سلمنا مخالفته لذلك (فالجواب) ما تقدم من أن المخالفة لا تضر لما تقدم (وقولهم) ان تقديم خبر الواحد على الأصول المعلومة فيه تقديم المظنون على المقطوع ممنوع ، فان تناول تلك الأصول محل خبر الواحد غير مقطوع به ، لجواز استثناء محل الخبر عن ذلك الأصل ، فان تلك الأصول عامة ، والخبر خاص ، والمظنون يخصص المعلوم •

(وأما العذر الثاني) وهو كونه من رواية أبي هريرة ، فلولا ذكره في الكتب والاحتياج الى الجواب ، لكن نستحي من ذكره ، ونجل أبا هريرة أن يتكلم بذلك على سبيل الحكاية ، أو نسمعه في أحد من الصحابة ، وأبو هريرة من ثقتة وأمانته وحفظه لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمحصل المعلوم ، ودعا له النبي صلى الله عليه وسلم أن يحببه الله وأمه الى كل مؤمن ومؤمنة ، وروى عن عثمان أنه قال له حين روى لهم « امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » حفظ الله عليك دينك كما حفظت علينا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم • وفصائل أبي هريرة ومناقبه مشهورة ، والمخالفون في حكم هذه المسألة انما يتعللون بظنهم أنه ليس بفقيه ، وهذا ليس بصحيح ، فان عمر بن الخطاب رضى الله عنه استعمله على البحرين ولم يكن عمر رضى الله عنه ليولى غير فقيه ، وكان أبو هريرة على المدينة في خلافة معاوية • أترى كان يحكم بغير فقه ؟ •

وقد نقلت عنه فتاوى • وقد روى عبد الرزاق في مصنفه عن
 «مصر بن راشد عن يحيى ابن أبى كثير عن محمد بن عبد الرحمن
 ابن ثوبان » أن رجلا من مزيعة طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ،
 فأتى ابن عباس يسأله وعنده أبو هريرة ، فقال ابن عباس : احدى
 العضلات يا أبا هريرة ، فقال أبو هريرة : واحدة تبينها وثلاث تحرمها ،
 فقال ابن عباس زينتها يا أبا هريرة أو قال : نورثها أو كلمة تشبهها
 يعنى أصاب « ففتياه بحضور ابن عباس وقول ابن عباس في ذلك
 دليل أيضا على فقهه ، ولو فرضنا وحاش لله أنه غير فقيه فاشتراط
 الفقه تحكم لا دليل عليه مع عدالة الراوى وضبطه وفهمه الذى
 يمنع من احالة المعنى ، ثم ان المخالف قبل خبر أبى هريرة في مواضع
 من جملتها في النهى عن الجمع بين المرأة وعمتها ، وبين المرأة
 وخالتها ولم يرو هذا الحديث من طريق صحيحة غير طريق أبى هريرة
 وقد روى من جهة غيره بطريق ضعيفة ، فقبلوا خبره في ذلك وهو مخالف
 لعموم الكتاب قوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » (١) فأيهما
 أعظم ؟ مخالفته لعموم الكتاب ؟ أو مخالفته لقواعد متنازع في
 عمومها ؟ ومخالفته للقياس المتأخر عن الكتاب بمراتب ؟ •

ثم ان حديث المصراة قد روى من غير طريق أبى هريرة كما
 تقدم ، ومن جملتها طريق عن ابن مسعود ، الامام المجمع على
 فقهه وعلمه ، وان كنا قد رجحنا فيما تقدم أنه موقوف على ابن مسعود ،
 كما هو في صحيح البخارى ، لكن طريق الرفع أيضا جيدة ، وعلى طريق
 كثير من الفقهاء غير المحدثين لا يبعد تصحيحها وقد روى رفعه
 من غير طريق الاسماعيلى المتقدمة . ذكرها الماوردى عن أبى عثمان
 النهدي عن عبد الله بن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم وهذه
 اذا صح فيها الرفع طريق قوية جدا ، هذا مع متابعة الروايات
 المتقدمة مع ملاحظة الوجوه المتقدمة ، المينة أن ذلك غير خارج عن
 القياس ، وان لم يصح طريق الرفع في رواية فكونه من كلامه
 صحيح بلا اشكال ، وقول الصحابى عندهم حجة لاسيما ابن مسعود ،
 وطريق فقههم ترجع اليه ، فان لم يكن هنا حجة فلا أقل من أن يكون

(١) النساء : ٢٤ •

عاضداً لحديث أبي هريرة على زعمهم (وأما) نحن فلا نقول : ان الحديث يحتاج الى شيء يعضده ، والله أعلم .

(وأما الاعتذار الثالث) وهو دعوى النسخ فذلك من أضعف الاعتذارات لأنه دعوى نسخ بالاحتمال من غير دليل .

(وأما الاعتذار الرابع) بالاضطراب فان الألفاظ المختلفة التي وردت منها ما سنده ضعيف فلا اعتبار به ، ومنها ما هو صحيح لا منافاة فيه ، والألفاظ التي صحت كلها لا تناقض فيها ، بل الجمع بينها ممكن ظاهراً .

(وأما الاعتذار الخامس) واستعمالهم للحديث على وجه الاشتراط فذلك لا يصح لأربعة أوجه (أحدها) أن النهي عن التصرية وما ذكره معه يقتضي تعليق الحكم بالتصرية ، وما استعملوه عليه يقتضي تعليق الحكم بفساد الشرط ، فصار ذكر التصرية لغواً (الثاني) أنه جعل الرد للمشتري وحده ، ولو كان لأجل الشرط لكان لهما لأن البيع حينئذ يكون فاسداً ، قاله الماوردي وغيره ، وفيه نظر ، فانه إذا شرط في الشاة البيعة أنها تحلب مقداراً فنقصت عنه فانما يثبت الرد للمشتري لا للبائع ، وذلك على وجه سيأتى في كلام المصنف بصحة البيع (والشرط الثالث) أنه جعل الرضا موجبا للامضاء ، والسخط موجبا للفسخ والرد ، ولم يجعله متعلقا باسقاط الشرط (والرابع) أنه أوجب فيه رد صاع من تمر ، واسقاط الشرط لا يوجب رد صاع من تمر ، قال هذه الأوجه الماوردي رحمه الله ، وأقواها الوجه الأول لكماله هو دون غيره . فقد بان بحمد الله تعالى صحة ما ذهبنا اليه وجمهور العلماء واندفع ما تعلق به الخصم في دفع ذلك .

(وأما) أن القياس هل هو معاضد للحديث فجماعة يدعون ذلك ويثبتونه بما علم في الأجوبة المتقدمة ، وبعضهم يأبى ذلك ، ويروى الاستناد في ذلك الى الحديث ، ويجعل الأجوبة المذكورة لدفع الاعتراضات فقط ، قال الغزالي في المآخذ : والانصاف أولى من العناد ، ونحن نعلم أن حديث المصراة لو لم يرد لكانا لا نثبت الخيار : وقد سلم ما وجد حالة العقد ، ولم يتخلف الا منفعة في المستقبل ، فالاعتماد على الحديث وهو صريح لا تأويل له ، والله أعلم .

وقول الغزالي هذا أنه لو لم يرد الحديث لكنا لا نثبت الخيار لا يضرنا فيما قدمناه ، فانا قد لا نسلم ذلك وندعى ثبوت الخيار كالعيب والشرط ، ولو سلمنا فحيث ورد الحديث فهو العمدة مع فهم المعنى فيه ، وأن ما اشتمل عليه من الأحكام من محاسن الشرع كما تقدمت الإشارة إليه . وهذا الذي قاله الغزالي خالف فيه الامام . فانه قال في النهاية : ان قاعدة مذهب الشافعي تدل على أن ثبوت الخيار جار على القياس . وذكر بيان ذلك بمسألة تجميعيد الشعر وتلطيف الثوب بالمداود وشبه ذلك عند الكلام في هذه المسائل ان شاء الله تعالى (أما) رد الصاع فالامام موافق على أنه خارج على القياس ، والله تعالى أعلم . وقد ذكر القاضي أبو الطيب عن أبي عبيد القاسم ابن سلام أنه قال في كتابه المسمى بالحجر والتفليس : ناظرت محمد ابن الحسن واحتجبت عليه بحديث أبي هريرة « وأيما رجل مات أو أفلس » فقال : هذا من أخبار أبي هريرة ، فكان ما هرب اليه أشد عليه مما هرب منه .

قال القاضي أبو الطيب : فان قال — يعنى الذى رده — انه يكثر الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم (فالجواب) أن ذلك يوجب قبوله ويؤكد لزومه ، وغزارة حفظه وسعة علمه ، وكان الشيخ أبو محمد الباقى^(١) يجيب عنه بقول البحتري :

إذا محاسنى اللاتى أدل بها صارت ذنوبى فقل لى كيف أعذر ؟
وأبو هريرة نفسه قد أجاب عن اكثار الحديث ، فانه كان يلزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ودعا له النبى صلى الله عليه وسلم بالحفظ .

(فرع في علة هذا الخيار) وجهان (أحدهما) التدليس الصادر من البائع (والثانى) الضرر الحاصل للمشتري باخلاف ما وطن نفسه عليه ، ويظهر أثر الوجهين فيما لو تحفلت بنفسها أو صرهما غيره بغير اذنه (والأصح) عند صاحب التهذيب ثبوته ، وبه قطع القاضي حسين وقطع الغزالي بخلافه في الوجهين فيما اذا تحفلت

(١) عبد الله بن محمد الخوازمي أبو محمد الدافى .

بنفسها . وفي الوسيط حكى الوجهين ، وجعل الأولى عدم الثبوت وحقيقة الوجهين ترجع الى الحاق خيار التصرية بخيار الميب أو بخيار الخلف المجمع على كل منهما (فرجح) البغوى والقاضى حسين الأول ، وهو مقتضى كلام الماوردى والعراقيين ، ممن صرحوا أن التصرية عيب ، وكذلك يقتضيه كلام الشافعى في الأم فانه قال : « فإذا حلبها ثم أراد ردها بعيب التصرية » وقال أيضا : « فان رضى الذى ابتاع المصرة أن يمسكها بعيب التصرية » ورجح الغزالي الثانى . وتبعه عبد الغفار القزوينى فى حاويه .

(والمراد) بتحفلها بنفسها أن يترك صاحبها حلبها أياما من غير شد لا عن قصد بل نسيانا أو لشغل عرض ، فان اللبن يجتمع فى ضرعها اذا لم يصل اليها ولدها أو يتفق شد أخلافها لحركتها بنفسها لا بصنع آدمى ، ولو ترك صاحبها حلبها ثلاثة أيام من غير شد الأخلاف لقصد غزارة اللبن ليراه المشتري فهو فى معنى الشد بلا خلاف .

قال ابن الرفعة : ولهذا قال بعض الشارحين : وليس شد الأخلاف شرطا بل هو الغالب وانما المعتبر أن يترك حلبها قصدا (قلت) وذلك داخل تحت الحديث على تفسير أبى عبيد ، وقد تقدم التوفيق بينه وبين تفسير الشافعى والتي صراها أجنبى بغير اذن البائع لا شك أنها داخلة تحت اسم المصرة عليها ، وان لم يصح اطلاق اسم المصرة عليها فهي كهى فى المعنى من جهة الظن الناشئ من رؤيتها ، فظن السلامة فى غيرها .

وأما الحاق ذلك بالخلف جعل ذلك كالاتزام بعبء ، ولو صراها لا لأجل الخديعة ثم نسيها فقد حكى الشيخ أبو الفتح القشيرى المشهور بابن دقيق العيد عن أصحابنا فيه خلافا : ولم أر ذلك فى كلامهم صريحا ، لكنه يتخرج على أنا هل ننظر الى أن المأخذ للتدليس ؟ أو ظن المشتري ؟ .

فمعنى الأول لا يثبت الخيار . لأنه لم يقصد الخديعة والتدليس ، على الثانى يثبت لتقصير الظن (والمراجع) من ذلك ثبوت الخيار

نظرا الى المعنى وفوات ما خفته المشتري ، ولو شدد أخلافها شمسدا لصيانة لبنها عن ولدها فقط ، قال ابن الرفعة : فهو بلا شك كما لو تحفلت بنفسها •

(قلت :) وهي كالمسألة التي حكاها الشيخ أبو الفتح عن أصحابنا لكن في تلك الزيادة النسيان ، وهو ليس بشرط ، فانه اذا كان المقصد صحيحا لم يحصل تدليس وخديعة وليس لقائل أن يقول : ان التدليس حاصل بعدم تبيينه وقت البيع ، وهو عالم به ، لأن هذا المعنى حاصل فيما اذا تحفلت بنفسها وباعها وهو عالم بالحال لا فرق بين المسألتين ، وابن الرفعة سقط عليه من كلام القشيري ، فنقل المسألة عنه على أنه صراها لأجل الخديعة ثم نسيها ، ثم اعترض بأنه ينبغي أن يكون هذه من صور الوفاق ، وهذا الاعتراض — لو كان الأمر كما نقله — صحيح لأنه حينئذ يكون قد حصل التدليس والظن ولا يفيد توسط النسيان ، فاذن المسألة ذكرها ابن الرفعة وخرجها على ما اذا تحفلت بنفسها ، والمسألة التي نقلها القشيري واحدة والمسألة التي نقلها ابن الرفعة عن القشيري بحسب النسخة التي وقعت له غلطا مسألة أخرى ينبغي الجزم بالخيار فيها ، فلذلك ذكرت المسألتين وأوجبت التنبية عليهما ، لأنهما ليسا في كلام الأصحاب صريحا فيما علمت ، والله أعلم •

(فرع) لا خلاف أن فعل التصرية بهذا القصد حرام لما فيها من الغش والخديعة ، والخداع محرم في الشريعة قطعا ، وهل يختص اثم فاعله بحالة علم التحريم أو لا ؟ لأنه ظاهر المفسدة ، قال ابن الرفعة : يشبه أن يكون الكلام فيه كما في النجش (قلت) والذي اختاره الرافعي في النجش تخصيص معصية الناجش ممن عرف التحريم بعموم أو خصوص ، وحكى البيهقي من كلام الشافعي ما يقتضي ذلك ، والله أعلم •

وهذا الذي ذكرت من نفي الخلاف في تحريم التصرية هو المشهور بين أصحابنا وغيرهم وحكى الشيخ أبو حامد صاحب العدة عن أبي حنيفة جوازه ، ولو حصلت التصرية لغير قصد البيع فقد رأيت في كلام بعض الأصحاب أنها حرام ، وينبغي أن يحمل ذلك على ما اذا كانت

تضر بالحيوان ، أما اذا لم يحصل ضرر بالحيوان ولا يلتبس على أحد فلا معنى للتحريم ، وبعض الأصحاب الذى أشرت اليه هو صاحب التتمة ، فانه لما تكلم فى لباس العبد ثوب الكتان فرق بينه وبين التصرية ، قال : لباس ثوب الكتان من غير قصد البيع ممنوع بالشرع ، بل للسيد أن يلبس عبده كل ما يحل لبسه ، وأما ترك حلب اللبن من غير قصد اللبن ممنوع عنه بالشرع ، ويجب حمل ذلك على ما ذكرته .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واختلف أصحابنا فى وقت الرد فمنهم من قال : يتقدر الخيار بثلاثة أيام فان علم بالتصرية فيما دون الثلاث كان له الخيار فى بقية الثلاث للسنة (ومنهم) من قال : اذا علم بالتصرية ثبت له الخيار على الفور فان لم يرد سقط خياره لأنه خيار ثبت لنقص فكان على الفور كخيار الرد بالعيب) .

(الشرح) الذى قال بتقدير الخيار ثلاثة أيام هو القاضى أبو حامد المرووذى وعليه نص الشافعى فى اختلاف العراقيين فى باب الاختلاف فى العيب فى الجزء الخامس عشر من الأم ، قال : من قبل أن المصراة قد تعرفت بتصريتها بعد أول حلبة فى يوم وليلة وفى يومين ، حتى لا يشك فيها ، فلو كان الخيار انما هو ليعلم استبانة عيب التصرية أشبه أن يقال : الخيار حتى يعلم أنها مصراة قل ذلك أو قصر كما يكون له الخيار فى العيب اذا علمه بلا وقت قل ذلك أو قصر ، ونقله الرويانى عن نصه فى الاملاء أيضا ، ونقله الجورى وابن المنذر من كلام الشافعى صريحا ، ولم يذكر الجورى غيره وهو الصحيح عملا بالحديث ، ويقتضى إيراد الرويانى فى البصر وابن سراقه فى بيان ما لا يشيع جهله والشاشى فى الحلية ترجيحه وهو الذى قاله الغزالى فى الخلاصة ، وقطع به القشيري والماوردي مع احتمال فى كلامه . والخيار على هذا القول يكون خيار تروية كخيار الشفعة على قول وكخيار الشرط .

(والثانى) وهو أنه على الفور على قول أبى على ابن أبى هريرة فيما نقله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما ، وصححه

الفارقي تلميذ المصنف والبغوي في التهذيب والرافعي والخوارزمي
في الكافي وابن أبي عصرون في الانتصار .

وقال الروياني في الحلية : انه القياس والاختيار ، وهذان الوجهان
متفقان على جواز الرد اذا اطلع على التصرية في الثلاث ، وانما الخلاف
بينهما في كونهما على الفور أو يمتد الى آخرها ، وفي المسألة وجه
ثالث قاله أبو اسحاق أنه لا يرد قبل انقضاء الثلاث ولا بعدها أيضا
وانما له الرد عند انقضاء الثلاث وهذا الوجه بعيد ، وهكذا حكاه
الروياني والبندنجي ، وسيأتى في آخر المسألة تنبيه على ما يتعلق
بتقرير هذه الأوجه .

واعلم أن بين الأوجه الثلاثة اشتراكا وافتراقا والوجه الأول والثالث
يشتركان في اعتبار الثلاث في التصرية فهي ثابتة بالشرع من غير شرط
ويفترقان ، فأبو اسحاق يقول : المقصود بها الوقوف على عيب
التصرية فانه لا يظهر بحلبة ولا بحلبتين فاذا حصلت الحلبة الثالثة
عرف الحال ، وكان الرد حينئذ الرد بالعيب على الفور . وأبو حامد
يجعل الخيار في الثلاث كالخيار الثابت بالشرط ، ويدل له قوله صلى
الله عليه وسلم : « فهو بالخيار ثلاثة أيام » جعل الثلاثة ظرفا للخيار ،
وهو مخالف لما يقوله أبو اسحاق ، وكلا الوجهين مبين لقول
ابن أبي هريرة ، فان ابن أبي هريرة يقول : ان الخيار ثلاثة أيام .
انما يثبت بالشرط ويحمل الحديث على ذلك ، والتصرية موجبة للخيار
على الفور ، لأنها عيب من العيوب ، فبين قول ابن أبي هريرة .
وقول أبي اسحاق اشتراك في جعل خيار التصرية خيار عيب ثبت
على الفور ، والافتراق في أن ابن أبي هريرة لا يعتبر الثلاث عند عدم
الشرط أصلا ، وأبو اسحاق يعتبرها ، ولذلك فانه اذا اطلع على التصرية
بعد الثلاث ثبت له الخيار على الفور عند ابن أبي هريرة ولا يثبت
عند أبي اسحاق .

وتأويل ابن أبي هريرة للحديث على الاشتراط لا دليل عليه .
وقول أبي حامد وابن أبي هريرة متباعدان جدا ، لكن بينهما اشتراك
واحد في جعل الخيار في الثلاثة الأيام في صورة الشرط ، وتلخيص
هذا أن خيار التصرية عند أبي حامد خيار شرع ، وعند أبي اسحاق

وابن أبي هريرة خيار عيب ، وخيار الثالث عند أبي حامد بالشرع .
وعند ابن أبي هريرة بالشرط ، وعند أبي اسحاق بالعيب .

(وأصحهما وأوفقهما) للحديث ولنص الشافعي قول أبي حامد .
والأصحاب نقلوا عنه أنه حكى ذلك على اختلاف العراقيين ، وقد رأيت
فيه كما حكاه . وقد قدمت من حكاه أيضا .

ولأجل ذلك صححت هذا القول وخالفت الرافي رحمه الله في
التصحيح ، فاني رأيت أكثر الأصحاب ممن حكى الخلاف لم يصح
شيئا ، والذين صححوا قد ذكرتهم ، وهم مختلفون في التصحيح ،
وليس يترجح أحد الجانبين على الآخر بكثرة ، والرافعي تبع
في ذلك البغوي ، وهو معارض بالصيمري والجوري ، ومعناه الدليل
من الحديث ، ونص الشافعي ، واعتذر البغوي عن الحديث بأنه
بنى الأمر على الغالب لأن الغالب أنه لا يقف على التصرية قبل ثلاثة
أيام ، ويحمل نقصان اللبن في اليومين على تبدل المكان وتساوت
العلف وغير ذلك ، وهذا الاعتذار يوافق قول أبي اسحاق .

وأما ما قاله صاحب التهذيب من أنه ثبت الخيار على الفور
إذا اطلع قبل مضي الثلاث فلا يناسب ذلك ، ولو كان الحديث على
الغالب لقال : « فهو بالخيار ثلاثة أيام » فاذن هذا العذر مع تصحيح
هذا الوجه لا يجتمعان اجتماعا ظاهرا ، لكن ههنا تنبيهات .

(احداها) ما يمكن أن يكون مستندا لأبي اسحاق وابن
أبي هريرة .

أما أبو اسحاق فيمكن أن يكون مستنده الحديث باللفظ الذي
أورده المصنف رحمه الله ، وكذلك أورده جماعة من الأصحاب في كتبهم
الفقهية . وهو قوله : « فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثا »
فإن هذا اللفظ يحتمل أن يكون المراد بعد أن يحلبها ثلاث حلبات يثبت
له الخيار ، فلا يكون له الخيار قبل انقضاء الثلاث لأن الحديث
لم يدل عليه على هذا التقدير ، ولا يمتد بعد الثلاث ، بل يكون على
الفور ، لأن الحديث على هذا التقدير إنما دل على مطلق الخيار
حينئذ فلا يمتد لأمرين (أحدهما) عدم الدليل عليه ، والأصل
الملزوم (والثاني) القياس على ما سواه من العيوب .

لكننا قد بينا أن هذه الرواية لم تصح ولا رأيتها في شيء من الروايات فتعذر هذا البحث ، وبتقدير الصحة فذلك محتمل لاحتمال أن يكون ثلاثا متعلق بخير النظرين ، ويكون الحطب مطلقا غير مقيد بالثلاث ، ويؤيده الرواية التي فيها التصريح بأثبتات الخيار ثلاثا ، لكني سأنبه في التنبيه الثاني على زيادة في ذلك ، فليكن المستند في رد ذلك عدم صحة الحديث .

وأما ابن أبي هريرة فمستنده أن التصرية عيب وخيار العيب على الفور ، فيحمل ورود الثلاث في الحديث على ما اذا شرط الخيار ثلاثا ، وهذا منه يشبه ما ذهبت اليه الحنفية في بعض اعتذاراتهم عن الحديث ، وإن لم يكن موافقا فيما ذكروه في رد الصاع ، وقوة الحديث تقتضي أن ذلك ثابت بالتصرية لا بالشرط ثم يقال لابن أبي هريرة: أنت من الموافقين على العمل بالحديث وعدم الالتفات الى مخالفة القياس ، فليكن معمولا به في أن هذا الخيار يمتد الى ثلاثة أيام ، ولا يقاس على ما سواه من العيوب ، فإن هذا الدليل أخص من الدليل الدال على أن خيار العيب على الفور .

بل إن لم يكن في مسألة العيب اجماع ولا نص يقتضي الفور فاللائق أن يجعل الخيار فيه ثلاثا بالقياس على المصراة التي ورد فيها النص ، وإن كان فيها نص أو اجماع فهو عام ، وهذا خاص ، والخاص مقدم على العام ، فلا مستند حينئذ لهذا الوجه ، وهو الذي صححه البغوي والرافعي ، ولا لقول أبي اسحاق الذي قبله والصواب الصحيح المنصوص قول أبي حامد المرورودي ، وقول ابن أبي هريرة يشهد له من جهة المذهب شيء ، وهو أن في كلام الشافعي ما يقتضي أن خيار الشرط ثلاثا في البيوع ، مأخوذ من حديث المصراة : فلو كان عند الشافعي أن خيار المصراة ثابت بالشرع من غير شرط كيف كان ، يستتبط منه جواز اشتراط الخيار ثلاثا في البيوع ، ويحتمل أن يقال : إن ثبوته بالشرع مع عدم الجهالة فيه مسوغ لاشتراطه ، وهذا أقرب الى ظاهر الحديث ، فإنه ليس فيه تعرض للشرط ، والله تعالى أعلم .

(التنبيه الثاني) أن الحديث باللفظ الذي أورده المصنف رحمه الله

على الاحتمال المقابل لما أبديته في مأخذ أبي اسحاق يقتضى اثبات الخيار ثلاثة أيام ، ابتداءها بعد الحلب ، وهذا لا أعلم أحدا قال به ، لا أبا حامد ولا غيره ، إلا أبا بكر ابن المنذر فإنه قال : له خيار ثلاثة أيام بعد الحلب على ظاهر الحديث ، وإنما قال أبو حامد بأنها من آثار المعقد كخيار الشرط على ما سأذكره ان شاء الله تعالى ، لكن الحديث بهذا اللفظ لم يصح ، والله أعلم .

(التنبيه الثالث) أن الألفاظ الصحيحة في الحديث ورد فيها « فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها » وفي الألفاظ الصحيحة في رواية أخرى « فهو بالخيار ثلاثة أيام » فاللفظ الأول يقتضى أن الخيار بعد الحلب . واللفظ الثانى يقتضى أن مدة الخيار ثلاثة أيام . ويلزم من مجموع ذلك أن يكون الخيار ثلاثة أيام ابتداءها من الحلب ، وهو الذى لم أعلم أحدا قال به غير ابن المنذر (وأما) أن يعمل بالحديثين ويجعل أحدهما مبينا للآخر ، فيلزم هذا الذى لم يقل به أحد فيما علمت غير ابن المنذر (وأما) أن يجعل متعارضين ، فتقف الدلالة على ترجيح أن الخيار يمتد ثلاثة أيام .

(والجواب) عن هذا أن قوله « فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها » محمول على الغالب لأن الرضا والسخط انما يكون بعد الحلب ، وتبين الحال ، والغلب الغالب أنه يقع في الثلاثة ، فاثبات الخيار ثلاثة أيام اقتضى زيادة على ما اقتضاه قوله : « بعد أن يحلبها » فعلما بالزائد المبين ، وحملنا الآخر على الغالب ، وهذا الحمل لا ياباه اللفظ بخلاف حمل قوله : « فهو بالخيار ثلاثا » على الغالب ، فإنه ياباه اللفظ ، واللائق بارادة ذلك المعنى أن تقول : فهو بالخيار بعد ثلاث .

(التنبيه الرابع) أن الأصحاب يعبرون عن الخلاف في هذه المسألة بأن الخيار هل هو خيار شرع أو خيار عيب ؟ فالأول قول أبي حامد ، والثانى قول أبي اسحاق ، ومنهم من يعبر بأنه هل هو خيار شرط أو خيار عيب ، والأول قول ابن أبى هريرة ، والثانى قول أبي اسحاق ، وقد علمت معنى ذلك فيما تقدم ، وأن ابن أبى هريرة يوافق أبا اسحاق في أصل الخيار خيار عيب ، والثلاثة عنده ثابتة بالشرط لا لأجل التصرية ، بل بشرط المتعاقدين ، فكلام الأصحاب كلهم مصرح بأن الخيار

عند أبى حامد بالشرع لا بالعيب ، وفرعوا على ذلك فروعا سنذكرها
ان شاء الله تعالى ، وكأنهم أخذوا بالتسليم أن خيار العيب لا يكون
الا على الفور .

وأنت اذا تأملت ما قدمته في جواب ابن أبى هريرة في التنبيه الأول
توجه ذلك المنع لذلك ، فإننا نقول لا تنافي بين الأمرين ، وما المانع
من أن يكون الشرع جعل خيار هذا العيب ثلاثة أيام كخيار الشرط ؟
لأنه غالبا انما يظهر فيها ، ولا يحتاج الى أكثر منها ، ولا يكون
ذلك من باب التعبد المحض الذي لا يعقل له معنى ، فهذا أقرب
الى المحافظة على اتباع النصوص والمعاني ، وقد قال الماوردي في
الاقناع : ان التصرية عيب يرد بها المشتري الى مدة ثلاثة أيام ،
وظاهر هذا الجمع بين جعلها عيبا أو امتداد الخيار ثلاثا ، لكنه
ليس نصا فيما أقوله ، فانه يحتمل أن يرتدأ به أى وقت ظهر له
التصرية في الأيام الثلاثة يرد على الفور ولا يرد بعدها ، وهو قول
أبى اسحاق ولذلك لم أورده ، ولم أروه ، ولذلك لم أذكره مع الموافقين
لشيخه الصيمري في اثبات الثلاثة لأجل هذا الاحتمال كما قدمت
الاشارة اليه ، وقد يظهر لهذا البحث أثر في التفريع الذي سنذكره
ان شاء الله تعالى .

(التنبيه الخامس) أنه تقدم عن الغزالي التردد في الحاق خيار
التصرية بخيار العيب أو بخيار الخلف . وههنا في الأوجه الثلاثة
جعلناها راجعة الى أنه هل هو خيار شرع أو شرط أو عيب ؟ ولم
يذكر الخلف (فالجواب) أن خيار العيب وخيار الخلف يشتركان في
أن كلا منهما على الفور ، وانما لا يفترقان فيما لا يكون من فعل
البائع كتحويل الشاة بنفسها ، هل يثبت أصل الخيار أو لا يثبت ؟
فالذي يقول ههنا بأنه على الفور ، لا يختلف نظره ، وكان التعبير عن
ذلك بالعيب وبالخلف سواء .

(التنبيه السادس) أنه قد تقدم أن الأصح عند صاحب التهذيب
وغيره ثبوت الخيار فيما اذا تحفلت بنفسها ، وتخرج ذلك على
أنه يسلك به مسلك العيب ، وذلك مستمر على صحيح صاحب التهذيب
هنا أنه على الفور (وأما) على ما صححته ونص الشافعي عليه وقاله

أبو حامد من أن الخيار بالشرع ، فهل يكون الحكم بثبوت الخيار ثلاثاً مستمراً أو لا ؟ فإن كان مستمراً فلا مستند له ، فإن الحديث لم يشمل إلا التي صريت ، والحاقه بالعيب لا يقتضى اثبات الثلاث ، وإن لم يثبت خيار أصلاً كان ذلك مخالفة لصاحب التهذيب ، وقد تقدم موافقته هناك ، وإن ثبت الخيار على الفور كان ذلك موافقة له هنا ، فأحد الأمرين لازم (أما) مخالفة صاحب التهذيب هناك (وأما) موافقته هنا •

(والجواب) أنه يثبت الخيار ثلاثاً ، لأن المعنى الذى يثبت لأجله فى محل النص موجود هنا ، وهو فوات الظن ، وكونه من باب العيب لا يمنع إثبات الثلاث لما تقدم فى التنبيه الرابع أنه لا منافاة بين ذلك وإن الدليل الدال على إثبات الثلاث هنا أخص من الدليل فيما سواه من العيوب ، فلا يلزم من موافقة صاحب التهذيب فى ثبوت الخيار هناك لوجود معنى الحديث موافقته وهنا فى عدم اعتبار الثلاث ، لما فى ذلك من مخالفة ظاهر الحديث •

(التنبيه السابع) أن قول أبى اسحاق المذكور وقع فى نقله ما ينبغى التثبت فيه ، فمنهم من يجعله كما حكته فيما تقدم ، وأنه يمتنع عليه الرد قبل الثلاث وبمدها وإنما له الرد عند انقضاء الثلاث ، صرح بذلك الرويانى وهو مقتضى كلام الشيخ أبى حامد • وظاهر هذا الكلام إذا أخذ على إطلاقه يشمل ما إذا علم التصرية قبل الثلاث باقرار البائع أو بينة ، وامتناع الرد إذا أقر البائع أو قامت بينة لسببه ، ففيه بعد •

والذى يقتضيه كلام القاضى حسين أن له الرد فى هذه الحالة على كل قول عند العلم ، فإنه حكى الأوجه الثلاثة من غير تعيين قائلها ، فقال : منهم من قال هو خيار التصرية يمتد الى ثلاثة أيام ، لأنه لا يتحقق دونها حتى لو علم بعيب التصرية فى الحال ، بأن أقر به أو شهد له البينة يكون على الفور ، ومنهم من قال هو للتروية كما فى الشفعة فى قول يمتد الى ثلاثة أيام (ومنهم) من قال أراد به إذا شرط الخيار ثلاثاً ، لأن خيار التصرية خيار عيب ونقيصة ، فهو على الفور • انتهى •

(والقول الثانى) فى كلامه هو قول أبى حامد المروروذى .

(والثالث) هو قول ابن أبى هريرة والأول هو — والله أعلم — قول أبى اسحاق وقد صرح عليه بثبوت الخيار اذا علم . وصاحب التتمة لم يحك الا قول أبى حامد وقول أبى اسحاق . وصرح على قول أبى اسحاق بأنه اذا علم التصرية باقرار أو بيينة وأخر الفسخ بطل خياره ، فتعين أن يحمل كلام غيرهما ممن حكى المنع عن أبى اسحاق كالرويانى وغيره ، على أنه يمتنع عليه الرد اذا ظهر له التصرية بحلبة أو حلبتين ، لأن ذلك لا يفيد العلم لاحتمال أن يكون بخلل فى العلف أو لبدل الأيدى .

(أما) اذا حصل العلم بقول البائع أو بيينة — ولا مانع من ثبوت الخيار — وحينئذ يكون فى هذا موافقة لابن أبى هريرة فى ثبوت الخيار فى الثلاثة على الفور اذا حصل العلم . لكنه مع ذلك يخالفه فى أن ابن أبى هريرة يثبت الخيار اذا حصل الاطلاع على التصرية بعد الثلاث . وأبو اسحاق لا يثبت على ما حكاه الرويانى . ولم يتعرض القاضى حسين لذلك بموافقة ولا مخالفة . مع أن منع الرد بعد الثلاث أيضا مع وجود العيب بعيد . والذي حكاه الماوردى تفريعا على قول أبى اسحاق أن له الرد اذا اطلع بعد الثلاث ، ولم يحك الخلاف الا بين أبى حامد وأبى اسحاق ، قال : ثبت عن أبى اسحاق ما صرح به الرويانى ومن وافقه ، فالخلاف بين ابن أبى هريرة وأبى اسحاق متحقق ، وان كان أبو اسحاق يقول بالرد بعد الثلاث أيضا كما قاله الماوردى ، وقبلها ، كما قاله القاضى حسين . فحينئذ يتحدد قوله وقول ابن أبى هريرة ، لكن الشيخ أبى حامد مصرح بما قاله الرويانى . ولم يحك الخلاف الا بين أبى اسحاق وابن أبى هريرة ، وأبو حامد لا يرد نقله ، فهى ثلاثة أوجه محققة ، ويبعد كل البعد أن يقال انها أربعة تمسكا بظاهر ما قاله الرويانى عن أبى اسحاق من امتناع الرد قبل الثلاث ، وبما حكاه القاضى حسين ولم ينسبه . فبكون ذاك قولاً مغايراً للثلاثة ، وبه تصير أربعة . هذا بعيد لا ينبغى المصير اليه . وليس ذلك الا للاختلاف فى النقل والتعبير عن وجه واحد وتنبيه كلام صاحب التتمة .

ولولا تصريح الشيخ أبى حامد وغيره بالخلاف بين أبى اسحاق وابن أبى هريرة لكنت أقول ان كلامهما يرجع الى معنى واحد ، وهو ان الخيار على الفور ، وأنه وجه واحد مقابل لوجه أبى حامد . وهما الوجهان اللذان ذكرهما المصنف ، لكن الأصحاب مطبقون على ذكر الخلاف بين أبى اسحاق وابن أبى هريرة ، والله تعالى أعلم .

(التنبيه الثامن) أن قول المصنف : « ومنهم من قال : اذا علم بالتصيرية يثبت له الخيار على الفور » يحتمل أن يكون مراده اذا علم بالتصيرية في الثلاثة الأيام ويحتمل مطلقا . فان كان المراد الثاني فالقول المذكور وهو قول ابن أبى هريرة كما ذكرناه فيما تقدم لأنه القائل بجواز الرد قبل الثلاث وبعدها على الفور . ويكون قول أبى اسحاق حينئذ قولاً ثالثاً في المسألة لم يتعرض المصنف لحكايته . وان كان المراد الأول ، وان فرض المسألة في الثلاث خاصة فالقول المذكور هو قول ابن أبى هريرة باتفاق الناقلين ، وهو قول أبى اسحاق أيضاً على ما تقدم عن القاضي حسين ، فانه يوافق على الرد قبل الثلاث على الفور ، ولا يكون حينئذ في مسألة الكتاب الا وجهان ، وتكون مسألة العلم بعد الثلاث مسكوتاً عنها ، وفيها أيضاً وجهان بين ابن أبى هريرة وأبى اسحاق ، فهما متفقان قبل الثلاث ، ويوافق أبى اسحاق في امتناع الرد بعدها .

(التنبيه التاسع) أن اتفاق ابن أبى هريرة وأبى اسحاق على جواز الرد على الفور قبل الثلاث اذا حصل العلم باقرار البائع وببينة ظاهر لا اشكال فيه ، ولا شك أن أبى اسحاق لا يعتبر العلم بغير ذلك من ظهور التصيرية بالحلبة والحلبتين كما تقدم ، وأما ابن أبى هريرة فلم يصرحوا عنه في ذلك بشيء ، ويحتمل أن يكون موافقاً لأبى اسحاق في ذلك ، فان الحكم باحالة تناقص اللبن على التصيرية مع احتمال احالته على اختلاف العلف وتبدل الأيدي غير مجزوم به ، ويحتمل أن يكون ابن أبى هريرة مخالفاً لأبى اسحاق في ذلك ، ويكفي في جواز الرد بظهور ذلك بالحلبة والحلبتين حيث لا معارض لذلك كما يعتمد عليه في الثلاث ، فيكون ابن أبى هريرة وأبو اسحاق مختلفين قبل الثلاث من بعض الوجوه دون بعض .

(التنبيه العاشر) قول المصنف : « اذا علم » يحتمل أن يريد به حقيقة المسلم باقرار اليافع أو بالبينة ، وذلك يسمى علما في الحكم ، وحينئذ يحصل الاتفاق بين ابن أبي هريرة وأبي اسحاق في جواز الرد قبل الثلاث ، ويحتمل أن يريد به مطلق الاطلاق . ولو بدلالة الحلب ، فيعود فيه الكلام الذي قدمته الآن ، والله أعلم .

(التفريع) لو اطلع على التصرية بعد الثلاث (فعلى) قول أبي حامد قالوا ليس له الرد ، لأن ذلك خيار ثبت بالشرع للتروى كخيار الشرط ، فيفوت بانتقضاء الثلاث (وعلى) قول ابن أبي هريرة وأبي اسحاق فقد تقدم حكمه ، وقال الجوزي^(١) : اذا علم بالتصرية بعد الثلاث فله الرد كسائر العيوب ، وانما جعل الثلاث فسحة له اذا علم في أول يوم بالتصرية ، أو في الثاني أن يؤخر الرد الى الثلاث وينقطع بأخر الرد بعد ثلاث .

وأما اذا لم يعلم فهو كسائر العيوب ، وهذا حسن ، ويوافقه ما سنذكره عن الابانة والوسيط ، ولو اشتراها وهو عالم بالتصرية ، فعلى قول ابن أبي هريرة وأبي اسحاق لا يثبت كسائر العيوب عندهم الا أبا حامد ، قالوا : يثبت له الخيار لأنه خيار شرع ، وشبهوه بما اذا تزوجت عينا عالمة بعنته ، وعلى قول ابن أبي هريرة وأبي اسحاق لا يثبت كسائر العيوب وهو الأظهر في المستظهرى .

واعلم أن الحكم بعدم الرد بعد الثلاثة وثبوته اذا اشتراها عالما بالتصرية ميل الى جانب التعبد ، وكل المفرعين ذكروا ذلك على قول أبي حامد حتى الماوردى ، وقد نبهت فيما تقدم على أنه لا تنافى بين اثبات الثلاث وجعل ذلك من باب العيب ، ويؤيده ما تقدم عن الشافعى رحمه الله أنه صرح في الأم بأن التصرية عيب ، مع ما تقدم من الحكاية عن نصه أن الخيار ثلاثة أيام ، فالجمع بين هذين النصين يقتضى ما قلته ، ومقتضى ذلك أنه اذا اطلع بعد الثلاث له الخيار على الفور كسائر العيوب ، مع قولنا : ان الخيار يمتد

(١) يكثر في النسخ في ش و ق تصحيف اسم الامام على بن الحسين أبو الحسن الجوزى بالراء المهملة الى اعجامها زاي (ط) .

الى ثلاثة أيام ، وان كان الزمن الذى قدره الشرع للخيار على سبيل التروى قد مضى ، كما يكون له الخيار بعيب يطلع عليه بعد خيار الشرط ، وقد يتفق أن المشتري يغفل عن ملاحظتها في مدة الثلاثة الأيام بأن يكون في يد وكيله أو البائع أو غيرهما ، ثم يطلع بعد الثلاث على التصرية دون تناقص اللبن في الحلبات الماضية .

وأما اذا اشتراها وهو عالم بالتصرية فيحتمل أن يقال : ثبوت الخيار كما ذكره في التفريع على هذا القول مع كونه عيبا ، لأن هذا العيب لا يوقف على حقيقته في العادة إلا بالثلاث ، فلا يفيد العلم بكونها مصراة حتى يطلبها ثلاثا ، فحينئذ يعلم مقدار لبنها الأصلي ، وقبل ذلك يكون رضا بأمر مجهول ، كما يقول في بيع العين الغائبة اذا قلنا بصحته أنه ينفذ فسخه قبل الرؤية ، ولا ينفذ اجازته على الأصح على قول بيع الغائب ، فكذاك هنا ، وفي ذلك تمسك بظاهر الحديث ومراعاة المعنى وبه يتجه اثبات الخيار مع العلم ، ولا يلزم منه اسقاط الخيار اذا اطلع على التصرية بعد الثلاث .

ومما يرشد الى المعنى في ذلك ما ورد في الحديث « بيع المحفلات خلابة ، ولا تحل الخلابة لمسلم » روى ذلك عن ابن مسعود مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم وموقوفا على ابن مسعود ، والوقف أصح ، والرفع ضعيف . ولكن يستأنس بذلك في المعنى ، وهو يرشد الى الحاق هذا الخيار بخيار العيب ، كما ان من باع عينا علم عيبها ولم يبين فقد حصلت منه الخلابة (وهى الخديعة) وأما الذى يشترط وصفا في المبيع بحيث اذا ظهر خلافه يرد عليه ليس حاله حال المخادع ، فأفادنا الأثر المذكور أن الخديعة في البيع على تلك الصورة ، وأن التصرية - وان لم تكن من البائع - تثبت الخيار ، لأنه بالبيع معها من غير تبين مخادع ، كما أن بائع العين المعيبة مخادع ، وان كان العيب ليس منه ، فهذا المعنى يقتضى ثبوت الخيار ، أى وقت اطلع عليه .

ثم في المصراة معنى آخر ، وهو أنه لا يوقف على عيبها في العادة الا بثلاثة أيام فزيد فيها هذا الحكم ، ولم يسقط بالعلم كغيرها من العيوب ، لأن العلم بالتصرية لا يفيد الغرض ، وينخرم به

الخدش على مقدار اللبن الأصلي . فهذا ما ظهر لى فى هاتين المسألتين ، وأنه يثبت الخيار ثلاثا مع العلم ، ويثبت اذا اطلع على عيب التصرية بعد ثلاث على الفور ، وقد قدمت عن الجورى القول بذلك ، وابن المنذر لما نقل عن الشافعى وناس من أهل الحديث أنهم يجعلون لشترية خيار ثلاثة أيام .

قال : وفى مذهب بعض المدنيين له الخيار — متى تبين له أنها مصراة — أن يردّها (قلت) وهذا هو قول ابن أبى هريرة ، وقد خرج صاحب التتمة بأنه اذا علم التصرية لا خيار له وحكى الوجهين فيما اذا توهما أو أخبره بها من لا يثق بخبره ثم تحقيق ذلك عنده .

وقال الشيخ أبو حامد رحمه الله : اذا علم التصرية ثم لم يدم اللبن بل عاد الى ما كان عليه قبل التصرية ، فهل له الرد ؟ فيه وجهان ، وهذا الكلام يوهم أنه لو دام على ما أشعرت به التصرية لم يكن له الرد ، وأن الخلاف مقصور على ما اذا رجع الى ما كان عليه ، ويؤيده أنهم قد شبهوا ذلك بما اذا تزوجت عينا عن غيرها على رجاء أن لا يكون عينا عنها ، فاذا تحققت عنقه عنها أيضا ثبت لها الخيار ولا شك أنه لو لم يعن عنها لم يثبت لها خيار .

لكن الخلاف فى مسألة المصراة مطلق ، لأن مأخذ اثبات الخيار أنه خيار شرع ثابت بالحديث ، وذلك لا يختلف ، نعم يمكن أن يقال : ان جعلنا الخيار خيار شرع فيثبت فى حالة العلم بالتصرية ، سواء دام اللبن أو لم يدم ، وان جعلناه خيار عيب فيأتى فيه الخلاف كما أشعر به كلام أبى حامد ، وللمأخذ الذى ذكره من اللاحاق بمسألة العنين .

وفى الابانة والوسيط الجزم بأنه ان كان بعد مضى الثلاث فالخيار على الفور وان كان قبله فوجهان ، وهذه العبارة قد يؤخذ منها أنه على أحد الوجهين يمتد الخيار الى ثلاثة أيام ، وأنه ان اطلع بعد الثلاث كان على الفور ، وهو الذى تقدم اختيارى له ، لكنى لا أعلم من قال بذلك من الأصحاب .

وما اقتضاه كلام الفورانى المذكور يقوى التمسك به فى ذلك ، لأنه لم ينقل عن شخص معين أنه قال بمجموع ذلك ، وانما اقتضرت

على قول الفورانى بعد الثلاث . وعلى الوجهين قبله ، وكان الأولى في الترتيب في الصنف خلافة ، الا أن يكون عنده وجه بذلك ، فيكون موافقا لما اخترته ، ويمكن أن يقال : لا حاجة الى نقله عن غيره ، بل كلام الفورانى وحده يكون في اثبات طريقة في المذهب في الجزم بالفور بعد الثلاث ، والتردد قبلها ، ومن ذلك يخرج القول المختار ففيه وجهان (أحدهما) له الخيار للتدليس (والثاني) لا ، لعدم الضرر .

(فرع) اذا قلنا بأن الخيار يمتد الى ثلاثة أيام ، فهل ابتدائها من حين العقد ، أو من التفريق ، فيه الوجهان في خيار الشرط ، هكذا قال الرافعى رحمه الله تبعاً للشيخ أبى محمد وصاحب الفتنة (والأصح) من الوجهين في خيار الشرط أن ابتداءه من العقد .

وقد قال الجورى هنا : ان الأصح أن أول وقت الثلاث من التفريق ، قال : لأن الفرقة تبيح له التبسط بالطلب وغير ذلك ، وقبل التفريق ممنوع من التصرف ، وخيار المجلس لهما جميعاً ، وإذا تفرقا بطل خيار البائع ، وحصل للمشتري خيار الثلاث ، وفي المجرّد من تعليق أبى حامد أن ابتداء الثلاث على مذهب المروزي التفريق ، وعلى مذهب ابن أبى هريرة على وجهين .

(فرع) لو اشترط خيار الثلاث للبائع في المرأة ، قال الجورى : لم يجز لأن الخيار يمنع المشتري من الطلب وسائر التصرف ، وترك الطلب والتصرف في الشاة يؤدى الى الاضرار بالشاة ، هكذا قاله الجورى ، ووقفت عليه في كتابه ونقله ابن الرفعة عنه وسكت عنه ولك أن تقول : لم لا يكون الطلب وجواز التصرف لمن الملك له ؟ فان حكم بأن الملك للبائع فله الطلب والا فللمشتري ولا يحصل بذلك اضرار بالشاة : نعم ذلك يؤدى الى محذور على قولنا : ان الملك للبائع في زمن الخيار . لأن اللبن الحادث يكون تبعاً للملك وان تم العقد على الأصح فاللبن الموجود عند العقد للمشتري لدخوله في العقد واختلاطهما معلوم .

فلو شرط الخيار للبائع وحكم بأن الملك له في اللبن الصادق للزوم هذا المحذور فيؤدى الى بطلان البيع بخلاف خيار المجلس .

فان مدته قصيرة غالبا ، وأيضا فالقول بأن الملك للبائع في خيار المجلس ضعيف : بخلاف خيار الشرط اذا كان للبائع وحده . وقد يقال : ان ما علل به الجورى صحيح ، وان التصرف في المبيع أو في جزئه ، وان حكمنا بأن الملك للبائع ممتنع ، وان كان اذا تصرف يصح كما ذكر الأصحاب في بعض التصرفات . وأما الحل فلم يذكروه فان ثبت تحريم على التصرف لزم ما قاله الجورى ، لأن التصرف بالحلب تصرف في المبيع واذا منعنا من ذلك أدى الى الاضرار بالشاة كما قال ، والله أعلم .

(فرع) لو اشترط للمشتري وحده . قال ابن الرفعة : فيشبهه أن يكون ابتداء الثلاث في التصرف من انقضاء خيار الشرط للمشتري . اذا قلنا عند فقده : انه من انقضاء خيار المجلس . حذرا من اجتماع متجانسين كالأجل ذلك . قلنا : ان ابتداء خيار الشرط من حين التفريق (قلت) وهذا بعيد لأن التصرية تتبين في الثلاثة الأولى ، فاثبات ثلاثة أخرى لا وجه له ، والأولى أن نقول على هذا القول انه لا حاجة الى شرط الخيار للمشتري ، لأنه ثابت بالشرع ، فكان كما لو شرط خيار المجلس ، فان ذلك لغو لا فائدة فيه ، والله أعلم .

فان صح ذلك فتكون هذه المسألة من المسائل التي يثبت فيها خيار المجلس ولا يثبت فيها خيار الشرط للبائع وحده ، ولا للمشتري وحده ، وأما شرطه لهما فيحتمل أن يمتنع أيضا أخذا مما قاله الجورى ومما قلته ، ويحتمل أن يجوز ، ولا يمتنع التصرف بالحلب ، لأن الأصل استمرار العقد ومنه ثبتا ، وفي الصورة التي ذكرها الجورى نظر في أنه اذا كان الخيار للمشتري بالشرع لأجل التصرية ، فلو صححنا اشتراط الخيار مع ذلك للبائع هل يكون ثبوت الخيار لهما بهذين الشيئين كثبوته بالشرط حتى لا يحكم بالملك حينئذ أو لا ؟ لا ، لاختلاف سببهما وهو الظاهر ، والله أعلم .

(فرع) اذا اشتراها وهي مصراة ولم يعلم بها حتى ثبت لبنها على الحد الذي أشعرت به التصرية وصار عادة بتغير المرعى ، ففيه وجهان (أحدهما) له الخيار للتدليس (والثاني) لا ، لعدم

الضرر . قال القاضي أبو الطيب : والأول أصح (قلت) وهذا على رأيه في أنه خيار عيب ، وشبهوا هذين الوجهين بالوجهين فيما إذا لم يعرف العيب القديم الا بعد زواله ، وبالقولين فيما إذا اعتقت الأمة تحت عبد ولم يعلم عتقها حتى عتق الزوج ، وفي تعليق سليم عن أبي حامد ، قال الشيخ : أما القولان فعلى ما قال . وكذلك مسألة العيب ، فأما هذه المسألة فلا أعرف لاثبات الخيار وجها لأن نقصان اللبن ليس بعيب في الأصل ، وإنما كانت تثبت الخيار للجمع وقد استدام له ذلك .

(قلت :) وليس الأمر كذلك بل له وجه ظاهر ، لأن هذه الأمور العارضة على خلاف الجبلة لا يوثق بدوامها ، بخلاف اللبن المعتاد من أصل الخلقة . ومن المعلوم أن الكلام في هذا الفرع إذا جعلنا له الرد من باب العيب . أما من يجعل الخيار بالشرع ويبين ذلك في الثلاثة فله الرد بلا اشكال ، وبنى الجرجاني الوجهين على أن الخيار هل هو خيار خلف أو خيار عيب ؟ فإن جعلناه خيار خلف فلا يثبت ههنا ، لأنه لم يخلف ، وإن جعلناه خيار عيب فينبني على أن من اشترى سلعة وبها عيب فلم يعرف الا بعد زواله هل يثبت له الخيار ؟ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فإن اختار رد المصرة رد بدل اللبن الذي أخذه ، واختلفت الرواية فيه ، فروى أبو هريرة « صاعا من تمر » وروى ابن عمر « مثل أو مثلي لبنها قمحا » واختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس ابن سريج : يرد في كل بلد من غالب قوته ، وحمل حديث أبي هريرة على من قوت بلده التمر . وحديث ابن عمر على من قوت بلده القمح ، كما قال في زكاة الفطر : « وصاعا من تمر أو صاعا من شعير » وأراد التمر لمن قوته التمر ، والشعير لمن قوته الشعير . وقال أبو اسحاق : الواجب صاع من التمر لحديث أبي هريرة ، وتناول حديث ابن عمر عليه إذا كان مثل لبنها من القمح أكثر قيمة من صاع التمر فتطوع به) .

(اما الأحكام) فالمشترى للمصراة اما أن يختار امساكها واما (الشرح) رواية أبى هريرة وابن عمر تقدم بيانهما ، وأن الرواية الى ابن عمر غير قوية •

أن يختار ردها ، وإذا اختار الرد فاما قبل الحلب واما بعده ، وإذا كان بعده فاما مع بقاء اللبن واما بعد تلفه ، فهذه أربعة أحوال سكت المصنف عن الحالتين الأولتين لسهولة الأمر فيهما • وذكر الحالتين الآخرتين احدهما في هذه القطعة من الفصل ، والآخرى في القطعة التي ستأتى في كلامه ان شاء الله تعالى ، فلنذكر الأحوال الثلاث ونقدم الصور التي فرضها المصنف وهي ما اذا أراد ردها •

وصورة المسألة اذا كان ذلك بعد الحلب ، وكان اللبن تالفا • فقد اتفق الأصحاب على جواز ردها ورد بدل اللبن ، ولا يخرج ردها على الخلاف في تفريق الصفقة ، لتلف بعض المبيع وهو اللبن اتباعا للأخبار الواردة في الباب ، على أن اللبن على رأى لا يقابله قسط من الثمن وسيأتى في الحالة الثالثة تحقيق النقل في هذا الرأى • ولا أعلم أحدا حكى خلافا في جواز الرد ، الا ابن أبى الدم فانه قال : فيه وجه حكاه الامام أنه اذا حلب اللبن فتلف امتنع عليه رد الشاة ، قياسا على رد العبد القائم بعد تلف الآخر ، ولا وجه لهذا الوجه مع الحديث •

(قلت :) وهذا الوجه لم أقف عليه في النهاية • ولعله اشتبه بالوجه الذى سذكروه في الحالة الثالثة اذا ردها بعيب غير التصرية • قال ذلك الوجه في النهاية ، أما ههنا فلا • ثم اختلفوا في المضموم الى المصراة الرد في جنسه وقدره لأجل اختلاف الأحاديث الواردة أما الجنس وهو الذى ذكره المصنف فقد حكى المصنف فيه وجهين ، والأول منهما نسبه الشيخ أبو حامد فيما علق سليم عنه والقاضى أبو الطيب الى ابن سريج كما نسبه المصنف رحمه الله ، وأن الواجب عنده في كل بلد غالب قوتها ونسبه الماوردى الى أبى سعيد الاصطخرى ونسبه الرويانى اليهما •

وقال في الحلية : انه القياس • ونسبه المحاملى والشيخ أبو حامد في تعليق البندنجى عنه الى ابن أبى هريرة وهو غريب ، ونسبه

الجورى لما تكلم فى مسألة الجارية الى ابن سلمة . قال : فكان ابن سريج وابن سلمة يردانها مع صاع من أقرب قوت البلد ، فان صحت هذه النقولات فملعلم الأربعة قائلون بهذا الوجه . وظاهر كلام هؤلاء الناقلين أنه لا يجوز على هذا الوجه التمر اذا لم يكن غالبا . أو يكون حكمه كما لو عدل اليه عن القوت الواجب فى زكاة الفطر ، وفيه خلاف . والجورى جعل محل الخلاف فيما اذا علم الثمن فحكى فيه قولين (أحدهما) يعتبر غالب قوت البلد (والثانى) لا يجوز الا التمر . وصاحب التتمة قال : انه لا يختلف المذهب أنه لو ورد التمر جاز وأنه لو رد بدله شيئا آخر كالحنطة أو الشعير ففيه وجهان (أحدهما) عليه رد الثمن ولا يجب على البائع قبول غيره (والثانى) يجوز أن يرد بدله صاعا من قوته وكلا هذين الصنفين يخالف ظاهر اطلاق الأولين وكلام الرافعى يوافق كلام صاحب التتمة فإنه صور كلامه بأنه يرد التمر . ثم حكى الخلاف فى تعيينه وقيام غيره مقامه ، والمراد بعدم الجواز هنا أنه لا يجبر البائع على قبوله . أما عند التراضى فسيأتى حكمه ان شاء الله تعالى .

فإذا جمعت ما قاله الجورى وصاحب التتمة مع اقتضاء كلام الأكثرين حصل لك فى رد الغالب من قوت البلد ثلاثة أوجه (أحدها) أنه واجب (والثانى) أنه جائز ، وهو مقتضى كلام الرافعى وصاحب التهذيب (والثالث) التفرقة بين أن يكون التمر موجودا فيمتنع ، أو معدوما فيجوز ، ويكون حينئذ هو الواجب ، ويحتمل أن تكون هذه ثلاثة أوجه محققة من قائلين مختلفين . ويحتمل أن يكون اختلافا فى تحقيق قول واحد .

أما عن بعض الأصحاب كابن سريج أو عن الشافعى كما اقتضاء اطلاق الجورى قولين ، وبالجمله فلك أن تعتمد على ذلك فى حكاية الخلاف على هذه المقالات الثلاث ، وكلها ضعيفة والصحيح خلافها كما سيأتى ان شاء الله تعالى .

وقد نقل الأئمة عن ابن سريج أنه جعل اختلاف الأحاديث على ذلك . وأن النبى صلى الله عليه وسلم اختلف لفظه لذلك فقال : « صاعا من تمر بالمدينة » لأن غالب قوتها التمر . وكانت الحنطة بها عزيزة

وقال : « صاعا من طعام لاسمراء » حيث يكون الغالب من القوت الشعير أو الذرة أو الأرز ، وقال : « مثل لبنها قمحا » وأراد به الصاع لأن الغالب أنه مثل اللبن الذى فى الضرع . وقصد به اللبن الذى يكون ذلك غالب قوته .

وراء هذه الأوجه الثلاثة غير القول بتعين التمر الذى ذكره المصنف رحمه الله وجه رابع أنه يرد صاعا من أى الأقوات المزكاة شاء . من تمر أو بر أو شعير أو زبيب ، ويكون ذلك على التخيير . نقله الماوردى عن ابن أبى هريرة وقد تقدم نقل المحاملى عنه للوجه الأول ، والله أعلم .

وقال الماوردى بعد حكاية هذا القول : وقوله : « مثلى لبنها قمحا » لأنه فى الغالب يكون صاعا لأن الغالب فى الغنم أن تكون الحلبة نصف صاع . يعنى ويكون تردد الرواية فى ذلك محمولا على التنويع ، مثل لبنها أن كان كثيرا ، قدر لبنها أن كان كبيرا قدر صاع ، أو مثلى لبنها أن كان قليلا ، وهو الغالب على الشياه فى بلادهم .

وممن ذهب الى هذا الوجه أبو بكر أحمد بن اسماعيل الاسماعيلي ، فإنه قال فى كتابه المستخرج على صحيح البخارى : وفى قوله : « صاع من تمر لا سمراء » دليل على أن المعنى هو المقصود لا الاقتصاد على اللفظ ، لأن التمر اسم لنوع معروف ، وقوله : « سمراء » لو كان نوع التمر هو المقصود لم يكن لقوله لا سمراء معنى ، فثبت أن المعنى التمر ، وما قام مقامه لا يكتفى سمراء .

(قلت :) ولا يلزم ذلك . وليست (لا) متعينة فى الإخراج ، وإنما هى هنا عاطفة : مثلها فى قولك : جاءنى رجل لا امرأة والمعنى فى ذلك نفى توهم أن تكون السمراء مجزئة . فهذه الأوجه الأربعة مشتركة فى أن التمر غير متعين . بل يقوم مقامه غيره ، وهؤلاء الذين قالوا بأن غيره يقوم مقامه قصروا ذلك على الأقوات كما فى صدقة الفطر ، وإنما الخلاف هنا فى التخيير أو فى اعتبار الغالب من قوت البلد ، وهو الصحيح على القول بعدم التمر . قال الامام : لكن لا نتعدى هنا الى الإخط بخلاف ما فى صدقة الفطر للخبر . وهذا الذى قاله الامام يوافقه ما تقدم عن الماوردى فى نقل قول التخيير .

(وقوله :) ان ذلك في الأقوات المزكاة وان كان قد أطلق النقل في قول الاصطخرى ووراء هذه الأوجه الأربعة على القول بأن التمر لا يتعين وجه خامس عن حكاية الشيخ أبي محمد ، واختلف في التعبير عنه (فقال ولده امام الحرمين) وهو أعرف بمراده : ذكر شيخى مسلکا غريباً زائداً على ما ذكره الأصحاب في طرقهم فقال : من أصحابنا من قال : يجرى في اللبن على قياس المضمونات فان بقى عينه ولم يتغير رده ، وليس عليه رد غيره ، وان تغير مثله • فان اللبن من ذوات الأمثال • فان أعوز المتسل فالرجوع الى القيمة • وقد أوماً اليه صاحب التقريب ولم يصرح • وهذا عندي غلط صريح وترك لمذهب الشافعى رحمه الله ، بل هو حيد عن مأخذ مذهبه • ويبطل عليه مذهب الشافعى في مسألة المصراة ، ولم يبق الا الخيار فان اعتمدنا فيه الخبر لم يبعد من الخصم حملة على شرط الغزارة مع تأكيد الشرط بالتحفيل ، فهو اذن هفوة غير معدودة من المذهب لا عود اليها • هذا ما ذكره الامام في ذلك وهو أعرف بمراد والده ، والأمر في تضعيفه كما ذكره فان ذلك مجانب للحديث والمذهب •

ويقتضى أن التمر ليس الواجب أصلاً وأنه عند تلف اللبن الواجب رد مثله والرافعى رحمه الله صدر كلامه بأنه يرد التمر ثم جعل ما حكاه الشيخ أبو محمد رحمه الله على أنه يقوم مقام التمر غيره حتى لو عدل الى مثل اللبن أو الى قيمته عند اعواز المثل أجبر البائع على القبول اعتباراً بسائر المتلفات ، وفي هذا تأويل لكلام الشيخ أبي محمد رحمه الله وأن ايراده يرده ان شاء ، وليس عليه رده حتماً ، وذلك موافق لما سيأتى في الكتاب في هذا الفصل أن البائع يجبر — على وجه — على قبول اللبن اذا كان باقياً ، ومال ابن الرفعة الى هذا التأويل ، وقال : ان كلام الشيخ أبي محمد رحمه الله في السلسلة ينطبق عليه ، لكن هذا التأويل يأباه ظاهر حكاية الامام عنه • (وقوله) أنه يجرى في اللبن على قياس المضمونات ، وأيضا فان الوجه الذي سيأتى في كلام المصنف رحمه الله انما هو في حالة بقاء اللبن ، والامام — وان كان كلامه عن الشيخ أبي محمد في حالة بقاء اللبن أيضا — لكن قوله : انه على قياس المضمونات نعم ، وأيضا كلام الرافعى في ذلك : انما هو في حالة التلف ، فان حمل على هذا التأويل على بعده وأن

الواجب الأصلي هو التمر وله أن يعدل عنه الى مثله فعلى بعده ليس على قياس المضمونات ، كما اقتضاه كلام الامام عنه ، وهو وجه آخر غير ما ذكره الأصحاب في الحالتين أعنى حالة تلب اللبن ، وحالة بقاءه خلافا لما قاله ابن الرفعة ، أن ذلك ليس خارجا عن كلام الأصحاب ، وان كان المراد ظاهر ما نقله الامام ، ففي ذلك مخالفة لما نقله الرافعي ، وهو في غاية المصادمة للحديث والمذهب .

قال ابن الرفعة : لكن له وجه ، فان اللبن انكائن في الضرع قبل الحلب يسير لا يتمول فصار تابعا لما في الضرع كما اذا اختلط بالثمرة المبيعة ونحوها شيء من مال البائع لا قيمة له فانه لا يمنع وجوب التسليم عليه للمشتري ، ولهذا حكى المسوردي طريقة قاطعة بأنه اذا اشترى رطبة فلم يأخذها حتى طالت ان الزيادة تكون للمشتري ككبر الثمرة ، وقد حكى الامام مثل ذلك عن شيخه فيما اذا باع صاعا من اللبن الذي في الضرع ، وقد رأى منه أنموذجا فقال : وكأن شيخي سابق في التصوير ، ويقول : اذا ابتدر حلبه واللبن على كمال اندرة لم يظهر اختلاط شيء به ، له قدر به سألاه ، وان فرض شيء على ندور لمثله محتمل ، كما اذا باع جزء من قرظ .

قال ابن الرفعة : والخبر على هذا محمول على ما اقتضاه ظاهره ، فانه يقتضى أن الرد بعد ثلاث ، واللبن اذ ذاك يكون تالفا في الغالب ، نعم المشكل قوله : عند تعيين اللبن ، يعنى بالحموضة بوجوب رد مثله . والخبر اذا خرج مخرج الغالب يوجب رد غيره ، فالغربة في هذا ، لكنه قياس ايجاب رد اللبن عند عدم التغير نظرا الى جعل زيادة اللبن بالحلب تابعة ، واذا وجب رد المثل فتعذر كان الواجب قيمته .

(قلت) وهذا التكلف على طوله ليس فيه محافظة على ظاهر ما نقل عن الشيخ أبي محمد من الجرى على قياس المضمونات ، فان ما ذكره ابن الرفعة مقتصر على حالة بقاء اللبن ، وحمل الحديث على الغالب ، ثم ذلك غير متجه من وجهين (أحدهما) أن مقتضى ذلك أن لا يجوز الرد قبل ثلاث ، وهو لا يقول بذلك على ما هو المشهور من المذهب (والثاني) أن غاية ذلك ابداء وجه من القياس لرد اللبن . ونحن

لا نذكر أن القياس قد يقتضى ذلك ولكن المتبع في ذلك الحديث وهو عمدة المذهب في ذلك فالمدول عنه خروج عن المذهب : وكلام الشيخ أبى محمد في السلسلة مقتصر بظاهره على حالة التلف فانه قال في حكاية الوجه : للمشتري جبر البائع على قبول المثل ان كان المثل موجودا - والا عدل الى الدراهم كسائر المتلفات ، والله تعالى أعلم .

فهذه الخمسة الأوجه على ما اقتضاه كلام الرافعى يجمعها القول بأن التمر لا يتعين ، وعلى ما يشعر به ظاهر كلام الامام الأربعة الأولى مشتركة في ذلك ، وهذا الخامس لا يشاركها بل يتعين عليه رد اللبن أو مثله أو قيمته على الأحوال التى ذكرها ، ويقابل ذلك كله الوجه الثانى الذى ذكره المصنف عن أبى اسحاق المروزى اتباعا لحديث أبى هريرة رضى الله عنه ، ممن صحح هذا الوجه الشيخ أبو محمد في السلسلة ، والرافعى والنووى ، وممن نسبته الى أبى اسحاق كما نسبته المصنف رحمه الله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى وابن الصباغ وغيرهم .

واختلف الفائلون لهذا الوجه فقال الماوردى : على هذا لا يجوز المدول الى غير التمر . ولو أعوز التمر أعطى قيمته . وفي قيمته وجهان (أحدهما) قيمته في أقرب بلاد التمر اليه (والثانى) قيمته بالمدينة . وقال القاضى أبو الطيب والبغوى عن أبى اسحاق : انه ان عدل الى ما هو أعلى منه جاز ، وان عدل الى ما هو دونه لا يجوز الا برضا البائع ، هكذا قال البغوى وفيه التنبيه على أنه اذا عدل الى الأعلى جاز من غير رضا البائع ، وكلام البغوى يقتضى أن الحنطة أعلى من التمر ، وكلام أبى الطيب مصرح بأنها قد تكون أعلى وقد تكون أدون ، وكأنه راعى في ذلك القيمة ، وكأن البغوى راعى في ذلك الاقتيات فحصل من هذين النقلين عن أبى اسحاق وجهان .

والعجب أن الرافعى رحمه الله عمدته التهذيب : ولم يحك عن أبى اسحاق ما حكاه البغوى فيه ، وانما حكى عن أبى اسحاق ما حكياه عن نقل الماوردى ، ولم يحك عن الماوردى أيضا عند الاعواز الا اعتبار قيمة المدينة ، وكلام المصنف منطبق على ما حكاه القاضى أبو الطيب والبغوى ، فقد اجتمع في جنس المردود مع المصرة سبعة أوجه ، ولك

في ترتيبها طريقتان (أحدهما) أن تقول في الواجب ثلاثة أوجه .
(أحدها) على قياس المضمونات على ظاهر ما حكاه الامام .

(والثاني) التمر (والثالث) جنس الأقوات (فان قلنا)
بالتمر فهل يعدل الى أعلى منه أو الى غالب قوت البلد ، أو يفرق بين
أن يكون التمر موجودا فتعين ، أو معدوما فيعدل الى الغالب ؟
أربعة أوجه (وان قلنا) بالأقوات فهل يتعين الغالب أو يتخير ؟ وجهان .

(والطريقة الثانية) أن نقول : الواجب التمر ، وهل يتعين ؟
وجهان (فان قلنا) يتعين فهل يعدل الى أعلى منه ؟ وجهان (وان
قلنا) لا يتعين ، فهل يقوم مقامه الأقوات ، أو الأقوات وغيرها ؟
وجهان (الثاني) قول الشيخ أبي محمد وان قلنا : الأقوات وحدها .
فهل يتخير أو يتعين الغالب ؟ وجهان ، وهذه الطريقة مقتضى ترتيب
الرافعي ، وليس في كلام الرافعي رحمه الله الا أربعة أوجه ، ولم يحك
وجه العدول الى الأعلى ولا التفرقة بين أن يكون التمر موجودا أو
معدوما ولا وجه الجري على قياس المضمونات على ظاهر ما حكاه الامام ،
وليس لك أن تأخذ من هذا الكلام اثبات وجه ثامن جمعا بين ما اقتضاه
كلام الامام وكلام الرافعي في النقل عن الشيخ أبي محمد ، لأن
ذلك اختلاف في فهم كلام رجل واحد من الأصحاب ، وانما يصح اثبات
وجهين لو ثبتا جميعا عنه ، أو قائلين ، وليس الأمر ههنا على هذه
الصورة .

(فان قلت :) ما ذكرت أن الرافعي سكت عنه مما حكاه صاحب
التهذيب عن أبي اسحاق قد شمله قول الرافعي رحمه الله ، أن الاعتبار
بغالب قوت البلد يعني في القيام مقام التمر : فهذا هو العدول من التمر
الى أعلى منه .

(قلت) ليس كذلك ، لأنه ليس غالب قوت البلد أعلى من التمر
على الإطلاق لا في الاقتيات ولا في القيمة : فقد يكون بلد غالب قوته
قوت هو أدنى من التمر قوتا وقيمة : وقد نقل الأصحاب عن أبي اسحاق
أنه جعل ترتيب الأخبار على القول المنقول عنه : كما أنشأ المصنف
رحمه الله اليه ، فصرح بالتمر في حديث وفي آخر قال : « من طعام »

وأراد التمر • وفي آخر قال : « قمحا » وذلك اذا كان القمح أعز ،
ورضى بذلك •

وحيث قال : « مثل » أو « مثلى لبنها » أراد اذا كان قدر ذلك
صاعا ، وهذا الترتيب يوافق ما حكاه عنه المصنف والقاضى أبو الطيب
والبنغوى ، وهو مقتضى كلام الشيخ أبى حامد عنه (وأما) ما حكاه
الماوردى والرافعى فلا يوافق ذلك ، لأنه لا يجوز اخراج غير التمر
أصلا •

(فان قلت) ما الصحيح من هذه الأوجه ؟ قلت : الصحيح أن
الواجب هو التمر ، لأن الأحاديث الصحيحة مصرحة بالتمر ، والتي
فيها الطعام مطلقا محمولة عليه ، لأن المطلق محمول على المقيد •

وأما حديث ابن عمر الذى فيه القمح فقد تقدم التنبيه على
ضعف طريقه ، ولا حاجة الى ما تأوله ابن سريج وأبو اسحاق عليه
فيكون الصحيح أن الواجب هو التمر لا شبة فيه • لكن هل يتعين
ولا يجوز غيره كما نقله الماوردى عن أبى اسحاق ؟ أو يقوم مقامه
ما هو أعلى منه كما نقله الباقر ؟ هذا محل النظر وقد قال الرافعى :
ان الأصح عند الشيخ أبى محمد وغيره أنه يتعين التمر ولا يعدل عنه
ولم يحك الرافعى عن أبى اسحاق غير ذلك • وظاهر ذلك تصحيح لما
نقله الماوردى • وان غير التمر لا يجوز • كذلك هو فى المصر •
وصححه النووى أيضا ، وهو الذى يقتضيه ظاهر الحديث ، اللهم الا أن
يكون ذلك برضا البائع وسيأتى حكمه ان شاء الله تعالى •

لكن قد يتوقف فى هذا التصحيح لأمرين (أحدهما) أن حكاية
الأكثرين عن أبى اسحاق أنه يجوز العدول الى الأعلى ، كما اقتضاه
كلام المصنف وغيره ، وكثرة القائلين لذلك عن أبى اسحاق يقتضى
على ما نقله الماوردى عينه وتبين مراد أبى اسحاق ولا يبعد أن
يتناول كلام الماوردى • وان كان خلاف الظاهر ليوافق كلام الأكثرين •
واذا لم يتحقق هذا الوجه عن أبى اسحاق • وليس منقولا عن غيره
فكيف نقضى بصحته (الثانى) أن الأصحاب اتفقوا فى زكاة الفطر على
أنه يجوز العدول عن القوت الواجب الى قوت أعلى منه • فاذا عدل
عن التمر الى ما هو أعلى ينبغى أن يجوز •

(والأصح) أن الاعتبار بزيادة الاقتنيات • والقمح أعنى بذلك الاعتبار • وإن اعتبرنا القيمة على الوجه الأخير فقد يكون القمح في بعض الأوقات أكثر من قيمة التمر • فلو كان التمر في المصرة متعينا حتى لا يجوز غيره ، وإن كان أعلى •

(فالجواب) أما اختلاف النقل عن أبي اسحاق وكون ذلك يقتضى التوقف في نسبة هذا القول إليه أو الى غيره ، ويلزم من ذلك أن لا يكون متحققا ، فهو بحث صحيح • ولكن لنا أن نتمسك في أن الواجب هو التمر بظاهر كلام الشافعى رحمه الله ، وقوله : أن يرد صاعا من تمر ، وقوله : أن ذلك ثمن واحد وقته رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا كان نص الحديث ونص صاحب المذهب يقتضى أن بدل اللبن هو التمر فيمكن للمشتري من اعطاء بدله بغير رضا مستحقه على خلاف القواعد ، لا يدل عليه دليل • ويكفى التمسك في الصحيح بنص صاحب المذهب المستند الى دليل • وأما من يشترط في التصحيح موافقة معظم الأصحاب فيحتاج الى بيان ذلك ههنا في هذه المسألة • ولم أقف من كلام الأصحاب على ما يقتضى ذلك ، ولا على نسبة القول المذكور الى غير أبي اسحاق • نعم الامام قال : ذهب ذاهبون الى أن الأصل التمر فلا معدل عنه • وهذا الذى نقله الامام يوافق ما نقله الماوردى عن أبي اسحاق ، فيحتمل أن يكون مراد الامام بالذاهبين أبا اسحاق ومتابعيه ، ويعود ما تقدم من جهة اختلاف النقل عنه •

وبالجملة فمستند من لم يقل من الأصحاب على كثرتهم يتعين التمر اختلاف الرواية ومجىء القمح في بعض الروايات • وقال الامام : أن ذلك الذى مهد لأصحاب القوت مذهبهم ، والا فالأصل الاتباع ، وأنت إذا وقفت على ما تقدم من التنبيه على ضعف رواية القمح المطلق على المقيّد في بقية الروايات التى أطلق فيها الطعام تارة وذكر التمر أخرى ، لم تبال بمخالفة كثير من الأصحاب إذا اتبعت الحديث ونص الشافعى من غير تأويل •

وأما الجواب عن اتفاق الأصحاب في زكاة الفطر على أنه يجوز المعدول الى الأعلى ، فإن المقصود في زكاة الفطر سد خلة المساكين ، والحق فيها لله تعالى ، فلا يحصل فيها من التنازع والخصومة ما يحصل

في غيرها • وهذان الأمران مقصودان في مسألة المصرة ، فان الحق فيها للآدمي مقصود الشارع فيها قطع النزاع مع ما فيها من ضرب تعبد • فقد بان ووضح لك أن الصحيح وجوب التمر وتعيينه ، ولا يجوز العدول عنه الى غيره ، سواء كان أعلى أو أدنى الا برضا البائع فسيأتي الكلام فيه • وهذا الصحيح خلاف الوجهين المذكورين في الكتاب لما تبين لك أن مراده عن أبي اسحاق أنه يعدل الى الأعلى ، وصحح ابن أبي عصرون في الانتصار قول ابن سريج ، والله أعلم •

هذا الكلام في جنس الواجب ، وأما مقداره ففيه وجهان (أحدهما) أن الواجب صاع قل اللبن أو كثر وان زادت قيمته على قيمة الصاع أم نقصت لظاهر الخبر • وهذا الذي نص الشافعي عليه رحمه الله في الجزء السادس عشر من الأم قال الشيخ أبو محمد : واليه مال ابن سريج • والمعنى فيه قطع النزاع ، لأن الموجود عند البيع يختلط بالحادث بعده ، ويتعذر التمييز فتولى الشرع تعيين بدله قطعاً للخصومة • وقد تقدم ذلك في الجواب عن الوجه الرابع من أسئلة الحنفية التي ادعوا فيها خروج الحديث عن القياس •

(والثاني) أن الواجب يتقدر بقدر اللبن لرواية ابن عمر التي فيها : « مثل أو مثلي لبنها » • وعلى هذا فقد يزداد الواجب على الصاع وقد ينقص ، وأن الأمر بالصاع كان في وقت علم أنه يبلغ مقدار اللبن • فإذا زاد زدنا وإذا نقص نقصنا ، وهذا الوجه بعيد مخالف لنص الشافعي رحمه الله ولنص الحديث • وقد تقدم ضعف الرواية التي تمسك بها • وهذان الوجهان حكاهما الفوراني والقاضي حسين والشيخ أبو محمد وغيرهم من الخراسانيين هكذا على الإطلاق ، ومقتضى ذلك أنا ننظر الى قيمة اللبن ، ونؤدى بقدرها على هذا الوجه ، وبه صرح الروياني • وكذلك الشيخ أبو محمد في السلسلة ذكر الوجهين فيما إذا زاد لبن التصرية على قيمة صاع من تمر • وكذلك الامام في النهاية ، وقال الروياني : انه ضعيف ، والأمر كما قال ، فان كلام الشافعي رحمه الله في الأم يصرح بخلافه فانه قال : ردها وصاعاً من تمر ، كثر اللبن أو قل ، كان قيمته أو أقل من قيمته لأن ذلك شيء وقته رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد أن جمع فيه

بين الابل والغنم : والعلم يحيط أن ألبان الابل والغنم مختلفة الكثرة والأثمان ، فان ألبان كل الابل وكل الغنم مختلفة .

وهذا الذي قاله الشافعي رحمه الله هو الحق الذي لا محيص عنه ولو كان الواجب يختلف باختلاف اللبن لفاوت النبي صلى الله عليه وسلم بين الابل والغنم فلما لم يفاوت بينهما وأوجب فيهما صاعاً من تمر ، علم قطعاً بطلان هذا الوجه . ولم أر لهذا الوجه ذكراً في طريق العراقيين على هذا الإطلاق ، وإنما في كلامهم وكلام بعض الفرسانيين كالغزالي حكاية الخلاف فيما إذا زادت قيمة الصاع على قيمة نصف الشاة أو كلها كما سيأتى في كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، ولولا أن الرافي اعتد بهذا الخلاف وحكاه ، وتصريح الشيخ أبي محمد والامام والرويانى لكنت أقول : انه يجب تنزيله على ما في كتب العراقيين ، لكن هؤلاء الأئمة ذكروه صريحاً . والرافعي حكى الأمرين فقال : ان منهم من خص هذا الوجه بما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة . وقطع بوجوب الصاع فيما إذا نقصت عن النصف ، ومنهم من أطلقه إطلاقاً . وليس في كلام الرافي هذا ما يؤيد تنزيل هذا الإطلاق على ما في كتب العراقيين . لكن ما حكاه الشيخ أبو محمد والامام والرويانى صريح ، وكذلك يقتضيه كلام القاضي حسين ، وفي كلام الامام كشف ذلك ، فانه حكى الوجهين في أنه هل يتعين الصاع أو يجب من التمر بقيمة اللبن ؟ فان اعتبرنا الصاع فكانت قيمته بقدر الشاة أو أكثر ففى وجوبه وجهان عن العراقيين . فجعل حكاية العراقيين الوجهين تفريعاً على اعتبار الصاع ، وأفاد كلامه حصول ثلاثة أوجه في المسألة (أحدها) وجوب الصاع مطلقاً (والثانى) وجوب قدر قيمة اللبن مطلقاً (والثالث) الفرق بين أن تكون قيمة الشاة أو لا ، فان لم تكن بقيمة الشاة وجب الصاع والا وجب بالتعديل . والأوجه الثلاثة المذكورة متفقة على أن الردود هو التمر ، اما صاع أو أقل أو أكثر وسيأتى في كلام المصنف رحمه الله ما يخالفه ، وكذلك قوله على الوجه الثالث باعتبار التعديل مخالف لكلام المصنف وأكثر الأصحاب كما ستعرفه هناك ان شاء الله تعالى ، وفي بعض شروح المذهب المجموعة من الذخائر وغيرها ذكر الوجهين المذكورين وذكر حديث ابن عمر ثم قال العراقيون : أراد الخبر أنه يجب المثل اذا كان

اللبن صاعا ويجب مثله اذا كان اللبن نصف صاع ، وهذا يجب حملة على ما قاله الشيخ أبو محمد وغيره من اعتبار قيمة الصاع الا أن يكون اللبن صاعا كما هو ظاهر هذه العبارة ، وبالجمله فهذا الوجه في غاية الضعف ، مخالف لصريح نص الشافعى رحمه الله والحديث ، وممن حكاه أيضا ابن داود في شرح المختصر ، والله أعلم •

واذا ضمنت الخلاف في المقدار الى الخلاف في الجنس ، زادت الأوجه فيما يرد بدل اللبن ، والله أعلم • وسأتعرض لذلك ان شاء الله في فرع عند الكلام فيما اذا زاد الصاع على قيمة الشاة ، والله أعلم •

(فرع) هذا كله فيما اذا لم يرض البائع ، فأما اذا تراضيا على غير التمر من قوت أو غيره أو ذهب أو ورق أو على رد اللبن المطلوب عند بقاءه ، قال الرافعى : فيجوز بلا خلاف ، كذا قاله صاحب التهذيب وغيره ، وعبارة صاحب التهذيب أنه يجوز على الوجهين ، قال الرافعى : ورأيت القاضى ابن كج حكى وجهين في جواز ابدال التمر بالبر عند اتفاقهما عليه •

(قلت :) وقد قال ابن المنذر في الاشراف : انه لا يجوز أن يدفع مكان التمر غيره ، لأن ذلك يكون بيع الطعام قبل أن يستوفى ، وهو أحد قولى المالكية ، وقول ابن المنذر ، وهذا يقتضى أن ذلك من باب الاعتياض ، فان كان كذلك فالمنع من الاعتياض في ذلك مخالف لنص الشافعى رحمه الله ، فانه قال في باب السنة في الخيار : ومن كان له على رجل طعام حال من غير بيع فلا بأس أن يأخذ به شيئا من غير منعه ، اذا تقابضا من قبل أن يتفرقا ، واحترز الشافعى رحمه الله بالحال عن المؤجل •

وقد تقدم في باب الربا في الاعتياض عن الطعام المؤجل أن الشافعى رحمه الله نص على منعه ، وما ذكره ابن المنذر هنا لم يتعرض الأصحاب له هناك فيحتمل أن يكون ابن كج موافقه في المنع من الاعتياض عن الطعام مطلقا ، ويحتمل أن يخص ذلك بهذه المسألة لما فيها من ضرب من البعد ، فتلخص أن المذهب جواز الاعتياض عنه مطلقا ، وقول ابن المنذر المنع مطلقا ، وما حكاه ابن كج المنع في اعتياض البر عن التمر • والظاهر أنه يعدى ذلك الى كل مطعوم ، فأما أن يقول قولا

فارقا بين المطعوم وغيره فيكون قولنا ثالثا ، واما أن يكون يعمم المنع في الجميع تشبيها له بالثمن في الذمة ، فيكون قد وافق ابن المنذر في الحكم وخالفه في المأخذ ، واما أن يكون موافقا له في الحكم والمأخذ معا ، ويمنع الاعتياض عن الطعام في الذمة وان كان حالا ، وهو خلاف نص الشافعي رحمه الله .

وليس في عبارة صاحب التهذيب نفى الخلاف مطلقا كما ذكره الرافعي رحمه الله حتى يستدرك عليه كل خلاف ، وانما قال على خلاف الوجهين ، يعنى قول ابن سريج ، وقول أبي اسحاق رحمهم الله ، وليس في كلامه أيضا في النسخة التي وقفت عليها ذكر القوت ، وانما ذكر الذهب والفضة وما لا يقات ورد اللبن وأما حكايته وحكاية الرافعي عنه الاتفاق على جواز رد اللبن عند بقاءه ، فينبغي أن يكون صورة ذلك اذا تراضيا على أخذه بدلا عن الواجب ، ويشترط في ذلك اللفظ . هذا اذا جعلنا ذلك من باب الاعتياض كما تقدم ، أما اذا اقتصر على الرد فهل يكفي لأنهما تراضيا عليه فيرد الرد عليهما أولا يكفي لأن الواجب غيره ، فليس ذلك من باب الرد على صورة الفسخ ، والله أعلم . وسنتعرض له في كلام المصنف رحمه الله ان شاء الله تعالى . وفي فرع الآن فنتبه له .

(فرع) التمر الذي يجب رده هل يتعين نوع منه ؟ أو ذلك الى خيرة المشتري ما لم يكن معيناً ؟ قال أحمد بن بشرى فيما نقله من نصوص الشافعي رحمه الله : صاعا من تمر البلد الذي هو به تمر وسط بصاع النبي صلى الله عليه وسلم فظاهر هذا الكلام يقتضى أنه لا يعطى تمرا دون تمر بلده ، وان كان سليما ولم أر من تعرض لذلك ولا اعتد به لا هنا ولا في زكاة الفطر ، والذي اقتضاه النص من تعيين تمر البلد يشهد له ما ذكره في الشاة الواجبة عن خمس من الابل ، وأنه لا يجوز العدول عن قيمة البلد على المذهب ، وما ذكر في الدراهم المأخوذة في الجبران في الصعود أو النزول وأنه يتعين نقد البلد . قطعا ، فاذا ثبت التعيين ههنا فالتعيين في زكاة الفطر أولى ، لأن أطماع الفقراء تمتد الى قوت البلد ونوعه .

نعم : ان كان في البلد أنواع فقد ذكروا في الشاة المخروجة عن خمس من الابل أوجها . نص الشافعي رضى الله عنه فيها ،

وهو الذى قطع به صاحب المذهب بتعين غالب البلد وأصحابها على ما ذكره
الرافعى أنه يخرج من أى نوعين شاء ، وقياس ذلك أن يأتى ههنا
ذلك الخلاف بعينه .

(فان قلت :) قد قال الماوردى رحمه الله : انه اذا أعوز
التمر أخرج قيمته بالمدينة على وجه ، وهو الذى اقتصر الرافعى على
حكايته ، وهو الذى قاله المصنف على قول أبى اسحاق ، فيما اذا زادت
قيمة الصاع على الشاة ، واعتبار قيمة الحجاز يدل على أن المعتبر
تمر الحجاز ، لأن القيمة بدل عنه ، فلو كان الواجب تمر البلد لأخرج
قيمته (قلت) ما ذكره الشافعى هنا من تعين تمر البلد وتأيد بالنظائر ،
يدل على أن الأصح هو الوجه الثانى الذى نقله الماوردى أنه عند
اعواز التمر يعتبر قيمته فى أقرب بلاد التمر اليه ، وان كان الرافعى
لم يذكره .

وأما ما ذكره المصنف وغيره من الأصحاب على قول أبى اسحاق
واقترضوا عليه ، وأن المعتبر قيمة الحجاز ، فذلك انما قالوه على
قول أبى اسحاق ، وقد يكون أبو اسحاق لا يوافق على ما اقتضاه
النص من تعين البلد ، وهو بعيد أو يوافق على أن المعتبر عند
الوجود تمر البلد ، فان أعوز رجع الى قيمة الحجاز وهو بعيد أيضا
ولا يلزم من حكاية الأصحاب ذلك أنهم يعتبرون قيمة الحجاز عند
الاعواز على المذهب ، ولا شك أن مقتضى قول أبى اسحاق اعتبارها ،
فانه اذا اعتبرها فى غير حالة الاعواز ففى حالة الاعواز أولى : فتخلص
أن التمر الذى يجب رده هو تمر البلد على ظاهر النص ، وفيه على
قول أبى اسحاق ما ذكرته .

واذا أوجبنا تمرا فعدل الى تمر أعلى منه جاز : كما قالوه فى
زكاة الفطر ، وفى الشاة المخرجة عن الابل ، ولو عدل الى ما دونه لم
يجزه . كما ذكروه فى الشاة . هذا عند الوجود وعند الاعواز
الواجب قيمته بأقرب البلاد اليه ، وقيل : بالمدينة : وهو مقتضى قول
أبى اسحاق ، وقد يقال : انه اذا عدل عند الوجود الى نوع أعلى
ينبغى أن يكون كالعديل الى جنس آخر ، كما قيل بمثله فى السلم :
ان اختلاف النوع كاختلاف الجنس : وحينئذ فلا يجوز ههنا بغير

التراضى ، ويجوز بالتراضى لأن هذا يجوز الاعتياض عنه على الأصح ،
كما تقدم بخلاف المسلم فيه •

وأما العدول الى نوع أدنى فلا يجوز الا بالتراضى ، الا اذا فرعنا
على قول التخيير ، وكذلك فى الزكاة اذا وجبت عليه الزكاة من نوع لم
يعدل الى نوع دونه الا اذا اعتبرنا القيمة ، ففيه خلاف وكذا لا يخرج
عن الكرائم الاكرامة •

(فرع) الصاع الذى يجب رده بدل اللبن ، هل ينزل منزلة
العين الأخرى ، الذى شملها العقد ، حتى انه يتوقف الرد على رده
مع الشاة ، أو نقول : انه يرد الشاة ، ويبقى بدل اللبن فى ذمته ؟
لم أقف فى ذلك على نقل (وقوله) فى الحديث : « ومعه صاعا من
تمر » يشعر بالأول ، ويؤيده أن افراد احدى العينين بالرد لا يجوز
فى غير هذا الكتاب ، فجعل التمر قائما مقام اللبن للرد عليهما أقرب
الى المحافظة على ذلك ، واذا صح ذلك فلا يكون اتفاقهما على أخذ
بدل التمر من باب الاعتياض حتى يحتاج الى لفظ كما تقدم لأن
التمر لا ثبوت له فى الذمة على هذا البحث ، وانما يقام مقام اللبن
ليرد الرد عليهما ، ويشكل أخذ بدله لأجل التعليل الذى قاله ابن المنذر ،
بل لهذا المعنى ، وهذا الذى وعدت به فلتتبه له •

(نعم) اتفاقهما على رد اللبن واضح على هذا التقدير ، ولا
يحتاج حينئذ الى اعتياض لأن ذلك هو الأصل ، وانما عدل الى التمر
خوفا من اختلافهما ، فاذا تراضيا عليه جاز وورد الرد عليهما ، ويحصل
الفسخ فى جمع العقود عليه ، ويخرج من ذلك أنه يجوز اتفاقهما
على رد اللبن ، ولا يجوز اتفاقهما على بدل آخر غيره لا يعدو الى
غيره ، ولم أر أحدا صرح بمجموع هذا فلتتبه لهذه الدقائق •

(فرع) يمكن أن يقال : اذا جعلنا التمر قائما مقام اللبن
على ما تقدم من البحث ، وتراضيا على رد الشاة ، وأن يبقى التمر
فى ذمته ، يجوز كما يجوز فى الشفعة ، حيث يكتفى برضا المشتري
بذمة الشفيع عن تسليم العوض ، ويمكن أن يقال : لا يكفى ذلك
هنا ، لأن الشفعة تملك جديد • وهنا رد ، والرد يعتمد المردود ،

فعلى الاحتمال الأول يستمر ما قاله البغوى والرائعى رحمهما الله من أخذ البذل عن التمر ، لأنه قد صار فى الذمة ، فيأخذ عنه ما يقع الاتفاق من مقدار غيره ، ويأتى فيه خلاف ابن المنذر وتعليه وعلى الاحتمال الثانى يتعين ما تقدم وأنه يتعين رد التمر أو اللبن باتفاقهما لأنه الأصل ، و لا يجوز غير ذلك لأن ذلك إقامة لغير المبيع مقام المبيع فى حكم الرد ، وذلك انما يكون من جهة الشرع .

(فرع) ولو كانت المصرة اثنتين أو أكثر ، هل يرد أداء الواجب بذلك ؟ لم أقف لأصحابنا على نقل فى ذلك ، لكن أبو الفرج ابن أبى عمر الحنبلى رحمه الله نقل فى شرح المقنع على مذهبهم ، وعن الشافعى وبعض المالكية أنه يرد مع كل مصرة صاعا ، لقوله : « من اشترى غنما » .

(قلت) وممن ذهب الى ذاك ابن حزم الظاهرى وزعم ابن الرفعة أن ذلك ظاهر الحديث (قال) وما أظن أصحابنا يسمحون بذلك ، وهذا منه يدل على أنه لم يقف فى ذاك على ما نقل ، وكذلك أنا لم أقف على نقل الا ما قدمته من نقل بعض الحنابلة عن الشافعى رضى الله عنه ، وهو مقتضى المذهب ، وقال ابن عبد البر : ينبغى أن لا يجب فى لبن ثيابه عدة أو بقرات عدة الا الصاع عبادة وتسليما .

(فرع) اتفق أصحابنا رحمهم الله وأكثر العلماء على أنه لا يجب رد مثل اللبن التالف . لأن الصاع بدل اللبن بدليل قوله صلى الله عليه وسلم « ففى حلبتها صاع من تمر » ، ويفهم المعنى .

وقال ابن حزم : يجب رد مثله مع التمر ان كان تالفا ، وعينه ان كان باقيا ، وذاك فى اللبن الموجود عند العقد ، وأجاب عن الحديث بأن الحلبة مصدر ، واطلاقه على المحلوب مجاز ، ولا دليل عليه ، واتفقوا على أنه ليس عليه رد اللبن الحادث عنده ، والله أعلم .

وقد روى ابن أبى عدى حديث المصرة بلفظ فيه : « وان شاء ردها وصاعا من تمر وكان بما احتلب من لبنها » وهو يدل على أنه بدل المحلوب ، ولكن فى سنده سليمان بن أرقم وهو ضعيف .

فرع في هذاهب الطماء

قال ابن أبى ليلى وأبو يوسف : يرد معها قيمة اللبن هكذا نقل
عنهما ابن المنذر وغيره . ونقل ابن حزم عنهما أنه يرد قيمة صاع .
وقال مالك في أحد قوليه يؤدي أهل بلد صاعا من أغلب عيشتهم .
وهكذا قول ابن سريج من أصحابنا . وقال أبو حنيفة ومحمد رضى
الله عنهما : إذا كان اللبن تالفا ليس له ردها ، لكن يرجع بقيمة العيب
فقط ، وإن كان باقيا رده ، ولا يرد معها صاع تمر ولا شيئا هكذا
نقل ابن حزم عنه . والمشهور عنه أنه إذا حلبها امتنع عليه الرد .
ونقل بعض أصحابنا عن أحمد أنه إذا حلبها سقط خياره ، وتعين
حقه في الأرض . وهذا خلاف الحديث ، وعن بعض المالكية أنه لا يرد
معها شيئا . لأن الخراج بالضمن .

(الحالة الثانية) أن يختار الرد قبل حلب اللبن . وهذا انما
يكون على غير الوجه الذى نقله الشيخ أبو حامد والرويانى ومن
وافقهما عن أبى اسحاق في أنه يمتنع الرد قبل الثلاث ، والمشهور
خلافه . فإذا أراد الرد قبل الحلب ردها ولا شيء عليه وفاقا . فان
قوله : وإن سخطها ردها وصاعا من تمر ، المراد به إذا كان بعد الحلب ،
والجمع بين طرق الحديث يبين ذلك ، وأيضا المعنى يرشد اليه ،
ونقل ابن عبد البر أنه لا خلاف فيه . ولا يعكر ذلك على قولنا : انه له
الخيار قبل الحلب .

(الحالة الثالثة) أن يختار امساكها قال الشافعى رضى الله عنه :
إذا رضى بامساكها ثم وجد بها عيبا قديما غير التصرية فله ردها
بالعيب . ويرد بدل اللبن الموجود حالة العقد . وعلى رواية الشيخ
أبى على وجه أنه كما لو اشترى عبيدين وتلف أحدهما وأراد رد الآخر
فيخرج على تفريق الصفقة ، والمذهب الأول ، وبه جزم كثيرون ، وهو
الذى نص عليه الشافعى رحمه الله في المختصر .

وقال الامام : قطع الامام وصاحب التقريب والصيدلانى أجوبتهم
بذلك . وعنى بالامام والده الشيخ أبا محمد ثم استشكله من طريق
القياس بأن المعنى يرشد الى أن الصاع بدل عن اللبن والبهيمة

مع اللبن في ضرعها كالشجرة مع ثمرتها ، فإذا بلغت الثمرة وأراد رد الشجرة دخل هذا في تفريق الصفقة ، قال : هكذا حكم القياس .

ولكن الشافعي رحمه الله وجميع الأصحاب حكموا بما ذكرناه يعني من عدم التخريج على تفريق الصفقة (قال) والسبب فيه أن الرد بالعيب القديم في معنى الرد بالخلف قطعا واللبن في الواقعتين على قصة واحدة ، فرأى الشافعي الحاق الواقعة بالواقعة ، كما رأى الحاق الأمة بالعبد في قوله عليه السلام : « من اشترى شركا له في غبد » وذكر الشيخ أبو على في شرح التلخيص أن من أصحابنا من رد هذه المسألة الى موجب القياس وخرجها على تفريق الصفقة .

(قلت :) وكلام الشافعي رضي الله عنه في الرسالة في باب الاجتهاد ، يقتضي أن رد التمر في هذه الصورة بالحديث لا بالقياس ، لكن مراد الامام باللاحق اللاحق في أصل الرد ، لا في ضمان بدل اللبن ، واعتذر الغزالي عن التخريج على تفريق الصفقة في حالة رد المصراة بأن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى ، فهو في حكم وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقي . بخلاف العيب الحادث .

فان قلنا : يقابله قسط من الثمن فلا وجه لمخالفة الحديث ، فلنؤيد به جواز تفريق الصفقة ، فانه المختار ، لاسيما في الدوام ، وهذا الذي قاله الغزالي من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى الامام ، ذكره في لبن غير المصراة تخريجا على الحمل فقال : الوجه أن نجعل اللبن كالحمل في أنه هل يقابل بقسط من الثمن على رأى الامام ؟ ذكره في لبن غير المصراة تخريجا على الحمل ، فقال : الوجه أن يجعل اللبن كالحمل في أنه هل يقابل بقسط من الثمن ؟ وذكره الغزالي والرافعي هنا في المصراة .

قال ابن الرفعة : ولبن المصراة مخالف لذلك ، اذ هو مقصود فيها بخلافه في غيرها ، ولهذا قال الشافعي رحمه الله : انه اذا أراد رد غير المصراة بعيب لا يرد بدل اللبن ولم يقل الشافعي ولا أحد من الأصحاب بذلك في المصراة ، وقال ابن الرفعة : ان الغزالي أثبت احتمال الامام وجها ، ونقله الى لبن المصراة ، وهو خلاف ما عليه الأصحاب ، وقال عما ذكره : انه ان قاله تبعا للغزالي فلا عبرة به ، والا ففيه تعضيد لما ذكره الغزالي .

(قلت) وما حكاه الامام عن الشيخ أبى على مفروض في المصراة ، لكن في هذه الحالة التي يتكلم فيها وهي ما اذا اختار امساكها ثم أراد الرد بعيب التصرية فلم يقل أحد فيما علمت بالتخريج على تفريق الصفقة ، لأن ذلك يكون مصادما للحديث ، واذا كان كلام الشيخ أبى على مفروضا في المصراة كان مستندا لما نقله الغزالي في المصراة من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى ، والا لم يخرج على تفريق الصفقة عند ارادته الرد بعيب آخر ، وأما امتناع التخريج عند ارادة الرد بالتصرية فيصمد عنه الحديث ، فلذلك لم يصر اليه صائر ، ويبقى فيما عداه على مقتضى القياس ، فليس ما نقله الغزالي والرافعي خارجا عما عليه الأصحاب .

وأما نص الشافعي رحمه الله في غير المصراة فسيأتى الكلام فيه ، وأن ظاهر المذهب خلافه ، وقد اعترض ابن الرفعة على ما نقله الشيخ أبو على من التخريج وقال الامام : انه القياس بأننا انما نخرج على تفريق الصفقة ما هو مقصود كله كأحد العبدین ونحوهما ، وما نحن فيه ليس كذلك ، فان اللبن غير مقصود كالشاة بل هي المقصودة ، واللبن ان قصد فتابع ، ولهذا اغتفرت الجهالة فيه ، والتوابع اذا قامت لا تلحق بالمتبوعات ، ألا ترى أن المبيع اذا ظهر عيبه ، وامتنع رده ، لا نقول : يخرج القول في الباقي على تفريق الصفقة ؟ وان كانت السلامة من العيب مقصودة ، لكنها تابعة لا تفرد بالعقد فاللبن مثلها .

(قلت :) وهذا أميل الى أنه لا يقابل بقسط من الثمن مع انكاره له ، والا فمقتضى المقابلة أنه اذا أراد بتفريق الصفقة يرده ، وقد حكى الجورى قولاً يوافق ما حكاه الشيخ أبو على في امتناع الرد وبخالفه في المأخذ . فقال : ان ظهر على عيب التصرية فلم يرد حتى ظهر على عيب آخر بعد مدة ففيها قولان .

(أحدهما) لا يرد كما لا يرد سلعة اشتراها فظهر منها على عيب فلم يردها حتى ظهر منها على عيب آخر لأنه رضىها معيبة .

(والقول الثانى) يرد ، والفرق بينه وبين السلم أنه يرد معها صاعاً بدلاً للبن المصراة ، فكأنه يرده بعيب واحد وسائر السلم

لا يرد معها شيئاً ، وكان قد رضىه فلا شيء له • قال الجورى : قد يجىء فى السلع أنه يرد المصرة ، لأنه رضى بعيب واحد دون الآخر •

(قلت :) وهذا الاحتمال الذى قاله الجورى هو القياس ولا يلزم من الرضا بعيب الرضا بجميع العيوب ، والذى قاله أولاً من أن سائر السلع غير المصرة اذا ظهر منها على عيب فلم يرد حتى ظهر على عيب آخر أنه يمتنع الرد ، بعيد لا وجه له ، وما أظن الأصحاب يساعدونه على ذلك كما حكاه الجورى من القولين ، بل صرح الماوردى والشيخ أبو حامد وغيرهما بخلافه ، فانهم قالوا فى هذه المسألة : ان من رضى بعيب ثم وجد غيره لم يمنعه الرضا بما علم من الرد بما لم يعلم ، وجعلوا ذلك دليلاً على الرد ههنا • لكنى رأيت فى تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة ما يوافقه ، فانه قال فى ذلك : منزلته منزلة المشتري سلعة ، فوجد بها عيبين فرضى بأحدهما ، كان له أن يرد بالعيب الثانى ، وقد قيل : انه لا يرد ولكن يرجع بأرشف العيب الثانى ، قال : وهو ضعيف ، على أن قوله فى هذا الكلام : وقد قيل يحتتمل أن يكون فى المصرة فى المسألة المقيس عليها ، وبالجمله فالمذهب المشهور أن ذلك غير مانع ونقله ابن بشرى فى منصوصات الشافعى رضى الله عنه •

وقد حكى ابن الرفعة عن الجورى هذا عند الكلام فى بيع البراءة • وقال : لعل وجهه أن فى رده ابطال عفوه عن الأول فلم يجز ، ولهذا نظر يأتى فى الجنایات وما حكاه الجورى من القولين فى المصرة قد وجه هذا القول بالمنع منهما بالقياس على غيرهما من السلع ، ونحن نمناه حكم الأصل اما جزماً واما على المذهب المشهور ، ولئن سلم فالفرق ما ذكره • وتبين بذلك أن مأخذ القول بالمنع الذى حكاه الجورى غير مأخذ الوجه الذى حكاه الشيخ أبو على رحمه الله من التخريج على تفريق الصفقة قوى من جهة القياس ، والحديث يصد عنه ، غير أن القول الذى حكاه الجورى على غرابته وضعفه يعتضد به الوجه الذى حكاه الشيخ أبو على وان اختلفا فى المأخذ لتواردتهما على حكم واحد وهو امتناع الرد ، وكلاهما شاهد للرأى الذى حكاه الغزالى والرافعى من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن وهو مع ذلك ضعيف لمخالفته نص الشافعى رحمه الله •

ولا وجه لمنع التخريج على تفريق الصفقة الا اتباع الحديث ،
والا فلقائل أن يقول : ان كان اللبن مقابلا بقسط من الثمن وجب أن لا
يرد بدله ، وقد دل الحديث على رد البذل ، ولذلك جزم الشافعي
رحمه الله وأكثر الأصحاب بأنه مقابل بقسط ، وقطعوا بذلك في باب
الربا ، واستدلوا له هناك بحديث المصراة كما تقدم ، والوجه الذي
حكاه الشيخ أبو على والجورى في غاية الغرابة ، وما قاله ابن الرفعة
من كون اللبن تابعا تقدم الجواب عنه ، وليس أوصاف السلامة
يتقسط الثمن عليها حتى اذا فات بعضها يتخرج على تفريق الصفقة
بخلاف اللبن فإنه يوافق على أنه يقابله قسط من الثمن ، وكون الشيء
مقابلا بقسط من الثمن أخص من كونه مقصودا . هذا ما ذكره كثير
من الأصحاب .

وفصل الماوردي رحمه الله فقال : ان كان بعد العقد علم بالتصرية
ورضى ثم وقف على عيب آخر فله الرد ، لا يختلف أصحابنا فيه ،
ويرد معها صاعا من تمر وان كان علمه بالتصرية مع العقد ثم وقف
على عيب آخر فوجهان ، خرجهما ابن أبي هريرة من تفريق الصفقة
فتحصلنا في هذه المسألة على ثلاث طرق ، وفي الرونق جزم بردها .

وحكى في رد الصاع التمر معها قولين ، وهذه طريقة رابعة : غريبة ،
فهذه الأحوال الثلاث اللاتي تقدم الوعد بذكرهن ، والحالة الرابعة
وهي ما اذا كان اللبن باقيا سيأتى في كلام المصنف ان شاء الله تعالى .

(فرع) اذا قلنا بأنه لا يرد تخريجا على أنه لا تفرق الصفقة
فله الأثر . قاله البندنجي في غير المصراة كما سيأتى ان شاء الله
تعالى وقياسه أن يأتى هنا .

(فائدة) قال الجورى : ان قال قائل : اذا كان انصاع إنما يرد
بدلا للبن التصرية الذي تضمنه العقد ، فقد ردت العين مع قيمة
النقص . فهلا كان هذا أصلا لكل نقص عند المشتري أنه يرد وقيمة
النقص ؟ قيل : لأن المقصود في الشاة عينها ، واللبن تابع فقد رد
العين بكاملها ورد قيمة التالف . واذا أراد شيئا نقصت عينه ثم يرد
العين بكاملها لأن الكل مقصود ، ولو جاز أن يردها وقيمة النقص
لجاز أن يرد قسمتها كلها اذا تلفت (فان قيل) كذا نفعل لرد قيمتها كلها

وان تلفت وهو قول أبى ثور (قلنا) هذا تدفعه السنة : لأنه قيل « فهو بالخيار فيها ان شاء ردها وصاعا من تمر » : فانما جعل له الخيار في قيمتها ، والله أعلم .

(فرع) اذا لم يعلم بالتصرية الا بعد تلف الشاة تعين الأرض : وقد تقدم الآن عن أبى ثور أنه يرد قيمتها ، والله أعلم .

(فائدة) قول الغزائى رحمه الله فيما تقدم قريبا فهو في حكم وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقي بخلاف العيب الحادث . قال ابن أبى الدم : انه كذلك وصوابه أن يقول بخلاف أحد العبدین الباقيين : فان موت أحدهما يوجب في الباقي عيبا : وهو تفريق الصفقة ، وليس للعيب الحادث هنا حدث ، بل العيب يمنع الرد بالعيب القديم . قال ولتكلف أن يتكلف تصحيح كلامه بجواب بعيد فيقول : مراده بالعيب الحادث الحاصل بتفريق الصفقة في أحد العينين بعد تلف العين الأخرى ، وهذا تكلف بعيد . انتهى . ولم يتعرض ابن الرفعة لهذا السؤال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان قيمة الصاع بقيمة الشاة أو أكثر ففيه وجهان ، قال أبو اسحاق : يجب عليه قيمة صاع بالحجاز ، لأننا لو أوجبنا صاعا بقيمة الشاة حصل للبائع الشاة وبذلها ، فوجب قيمة الصاع بالحجاز لأنه هو الأصل . ومن أصحابنا من قال : يلزمه الصاع ، وان كان بقيمة الشاة أو أكثر . ولا يؤدي الى الجمع بين الشاة وبذلها ، لأن الصاع ليس ببذل عن الشاة ، وانما هو بدل عن اللبن . فجاز كما لو غصب عبدا فخصاه فانه يرد العبد مع قيمته ، ولا يكون ذلك جمعا بين العبد وقيمه لأن القيمة بدل عن العضو المتلف) .

(الشرح) هذا من بقية الكلام في الحالة الأولى . وهى ما اذا أراد رد المصراة بعد تلف اللبن ، وتقدم من المصنف رحمه الله اطلاق القول في جنس الواجب وبيننا الكلام في مقداره وأن من الأصحاب من أطلق حكاية الخلاف في تفاوت المقدار ومنهم من خصص : فمن المخصصين المصنف فيما ذكره هنا ، وهو اذا كانت قيمة الصاع

الواجب قدر قيمة الشاة أو أكثر ففيه الوجهان للذان حكاهما المصنف رحمه الله . وممن حكاهما كذلك مثل ما حكى المصنف شخسه القاضي أبو الطيب ، ولكنه فرض فيما إذا كان انتمر يأتي على ثمن الشاة أو على الأكثر منه . فهذا يقتضي أنه إذا كانت قيمة الصاع أقل من قيمة الشاة ولكنه يأتي على أكثرها أنه يجري الوجهان . وجوزت أن يكون ما عرفت عليه من تعليق أبي الطيب فيها زيادة لا يوافق كلام المصنف رحمه الله ابن الصباغ في الشامل وهو كثير الاتباع للقاضي أبي الطيب .

وفرض المسألة فيما إذا كانت قيمته قيمة الشاة أو أكثر من نصف قيمتها فحصل الوقوف بما في تعليق أبي الطيب ، لأن الأكثر من ثمن الشاة هو ما زاد على نصفه . وكذلك قال الروياني والرافعي رحمهم الله : أن منهم من خص هذا الوجه بما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة . قطع بوجوب الصاع إذا نقصت عن النصف . هكذا حكاه الرافعي رضي الله عنه من غير تعيين ، وحكاه الروياني عن أبي إسحاق . فهذه النقول متفقة على أن أبا إسحاق قائل بذلك فيما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة .

وقد حكى الامام عن العراقيين الوجهين : وفرض المسألة فيما لو بلغت قيمة الصاع قيمة الشاة أو زادت . وذلك يوافق ما حكاه المصنف رحمه الله . ثم حكى عن العراقيين أيضا أنه ان زادت قيمة الصاع على مثل نصف قيمة الشاة فالوجهان جريان وليس في شيء من ذلك منافاة ، فان كلام المصنف رحمه الله ساكت عن حكم ما إذا زادت عن النصف ونقصت عن الشاة .

وكلام أبي الطيب ومن وافقه فيه زيادة بيان أن الخلاف فيها أيضا ، والقطع فيها إذا نقص عن النصف . وقد تقدم عن بعضهم اطلاق حكاية الخلاف . ولو كانت قيمة الصاع مثل نصف قيمة الشاة أو أقل وجب رده عند أبي إسحاق . صرح به الشيخ أبو حامد وغيره . وقال سليم : انه لا خلاف فيه على المذهب . وفي تعليق أبي حامد من طريق البندنجي والمجرد منها ذكر الوجهين في النصف كالأكثر . وذكر العجلي في كلامه على الوسيط والوجيز وجها بالتعديل أبدا أي أنه لا غرق بين أن يكون أقل من النصف أو أكثر ، وهذا هو الوجه

الذى تقدمت حكايته عن الخراسانيين في ذكرهم للخلاف على الاطلاق
في تفاوت ذلك بتفاوت اللبن ، وزيادة قيمة التمر على الشاة أو نصفها ،
فرضوه في بلاد يكون التمر بها عزيزا كخراسان •

والوجهان في المسألة على هذا الوجه المخصوص مشهوران في
طريقة العراقيين ولم يذكرهما غيرهم ، الا من حكاهما عنهم كالامام
والغزالي ومن وافقهما ، وذكرهما على الاطلاق كما تقدم لا يعرف
الا في طريقة الخراسانيين ، والعلة التى ذكرها المصنف رحمه الله للوجه
الأول انما تظهر في الفرض الذى فرضه هو • لا فيما فرضه
أبو الطيب وموافقوه ولعل المصنف رحمه الله انما عدل عن الصورة التى
فرضها أبو الطيب لذلك حتى يصح استدلاله • وفي كلام الامام تعليله
بمعنى يمكن اطراده فيهما ، فانه قال : ان الرسول صلى الله عليه وسلم
وان نص على الصاع من التمر فقد أفهمنا أنه مبذول في مقابلة شيء
فأنت من المبيع يقع منه موقع التابع من المتبوع ، فينبغي أن لا يتعدى
على هذا حد التابع ، والغلو في كل شيء مذموم ، وقد يغلو المبيع للفظ
الشارع فيقع في مسلك أصحاب الظاهر •

ووجه الغزالي رحمه الله بأننا نعلم أنه عليه السلام قدره به ،
لأنه وقع في ذلك الوقت قريبا من قيمة اللبن المجتمع في الضرع ، ولك
أن تقول : ان هذا يقتضى أن لا يضبط ذلك بنصف قيمة الشاة ،
وانا اذا علمنا زيادة قيمة الصاع على ما في زمان النبى صلى الله عليه
وسلم لم نوجبه ، وعلة العراقيين سالمة عن هذا السؤال ، ولكن هذا
يوافق الوجه الذاهب بأن الوجه من التمر بمقدار قيمة اللبن مطلقا ،
وسيأتى في التفريع ايضاح لهذا ان شاء الله تعالى •

وممن نسب هذا الوجه الى أبى اسحاق كما نسبه المصنف شيخه
أبو الطيب والبندنجى وسليم وابن الصباغ رحمهم الله • وقال سليم :
انه أصح ، وهذا الوجه يرى أنه لا يجب الصاع في هذه الحالة ،
وسنذكر في التفريع حقيقة ما يوجبه ، ونتعرض فيه الى لفظ المصنف
ان شاء الله تعالى •

والوجه الثانى حكوه عن الأصحاب ، وهو الأصح ، وممن صححه

الجرجاني والمرافعي وابن أبي عصرون أنه يلزمه الصاغ وإن زادت قيمته على قيمة الشاة للحديث . وإطلاق نص الشافعي رضي الله عنه أيضا يقتضي ذلك . ولكنه غير مصرح به إنما صرح أنه لا فرق بين أن يكثر اللبن أو يقل . ولا فرق بين أن تكون قيمته وقيمة اللبن سواء أو متفاوتة كما تقدم عنه . وأما قيمة الصاع مع قيمة الشاة فلم يتعرض لها في ذلك الكلام . لكن إطلاقه يقتضي أن لا فرق أيضا ولأن الصاع بدل عن اللبن فلم يدل على مساواته له ، فإذا لم تعتبر مساواته نه فقدم اعتبار مساواته للشاة أولى . وقد تقدم عن حكاية الشيخ أبي محمد أن ابن سريج مال إلى ذلك القول ، ولعله المراد ببعض الأصحاب هنا ، وقد أجاب المصنف عما تمسك به أبو إسحاق بما ذكره . وهو حق . والمسألة التي استشهد بها فيما إذا غصب العبد وخصاه صحيحة على القول الجديد . أن جراح العبد تتقدر من قيمته كجراح الحر من ديتة ، فإنه على هذا يجب عليه كمال القيمة ، وعلى القديم وهو أنها لا تتقدر ، فالواجب ما نقص من القيمة ، فإن لم ينقص شيء فلا شيء عليه وإن نقص وجب عليه ذلك النقص وهذا مبين في باب الغصب .

وقد يكون النقصان زائدا على نصف القيمة كما لو قطع يديه ورجليه ونقص من قيمته أكثر من النصف ، فإنه على القديم يصح الاستشهاد بهذه المسألة أيضا فإنه يردده ويرد أكثر من نصف قيمته على القديم ، والقاضي أبو الطيب لم يستشهد بما ذكره المصنف رحمه الله ، وإنما استشهد بما إذا ياع سلعة بعبد قيمة كل منهما ألف ، ثم يزيد العبد فتبلغ قيمته ألفين ، ويجد المشتري في السلعة عيبا فيردها ويسترجع العبد ، وقيمته ألفان ، وذلك قيمة الثمن والمثلن . وما استشهد به المصنف رحمه الله تتبع فيه الشيخ أبا حامد ، وهو أولى ، لأن الزيادة هنا في القيمة فقط ، والعين المستردة واحدة لم يسترجع معها شيئا آخر ، ومسألة الغصب استرجع مع العبد الناقص قيمته فكان نظير استرجاع الشاة التي ذهب لبنها مع صاع يساوي قيمتها .

وقد يقول المنتصر لأبي إسحاق : إن الأصل في المصراة ضمان اللبن التالف ببذله على قياس المتلفات ، لكن الشارع جعل الصاع بدلا لما في ذلك من قطع النزاع مع قرب قيمة الصاع من قيمة اللبن

فى ذلك الوقت غالبا ، فاذا زادت قيمته على ذلك زيادة مفردة فبمد
اقامته بدلا عن لبن لا يساوى جزءا منه يقع موقعا يخالف ضمان
ما فات من العبد المصوب فان ذلك واجب متأصل •

(والجواب) عن هذا أن الشرع لما أوجب فى لبن الغنم ولبن
الابل مع العلم بتفاوتهما تفاوتا ظاهرا بدلا واحدا ، علم أن ذلك
بدل فى جميع الأحوال والشرع اذا أناط الأمور المضطربة بشئ منضبط
لا ينظر الى ما قد يقع نادرا ، واذا وقع ذلك النادر لا يلتفت اليه
بل يجرى على المضابط الشرعى ، لاسيما والمسترى وهنا يتمكن من
الامساك ، فان أراد فسبيله رد ما جعله الشرع بدلا •

وقول الامام : ان الغلو مذموم (جوابه) أن المعنى اذا ظهر وسلم
وجب اعتباره ، واذا لم يسلم وجب اتباع اللفظ • ولا يسمى ذلك
غلو مذموما ، والمختص بأهل الظاهر الذى ذموا به هو التمسك
باللفظ مع ظهور المعنى وصحته بخلافه ، والعالم فى الحقيقة هو الجامع
بين اللفظ والمعنى ، والله أعلم •

وقال صاحب الوافى فيما أجاب به المصنف عن قول أبى اسحاق
بأن الصاع — وان كان قيمة اللبن — الا أنه لم يكن مقصودا ،
وانما كان على سبيل التبع ، ولا يزيد على قيمة المتبوع الذى هو الشاة ،
وهذا الكلام ليس بالقوى بالنسبة الى ما تقدم ، ونقل الامام عن
صاحب التتريب أنه قطع جوابه باعتبار قيمة الوسط فى صورة الوجهين •

(التفريع) ان قلنا بالأصح ووجوب الصاع للاتباع فلا اشكال
(وان قلنا) بالوجه الأول ، وقول أبى اسحاق : انه لا يجب الصاع
فى هذه الحالة فقد قال المصنف رحمه الله : انه يجب عليه قيمة صاع
بالحجاز ، وهكذا قال جماعة من العراقيين والرافعى رحمه الله •

وقال القاضى أبو الطيب : انه يقوم بقيمة المدينة وهو أخص ،
فان الحجاز يشمل مكة والمدينة واليمامة ومخاليفها ، كما فسره
الشافعى والأصحاب رضى الله عنهم ، وذكره المصنف فى كتاب الجزية ،
نسأل الله تعالى أن ييسر علينا الوصول الى ذلك المكان فى خير وعافية •

وقال ابن الرقعة : ان من أطلق الحجاز أراد المدينة كما قاله
القاضى أبو الطيب لأن الخبر ورد فيها ، ويوافقه ما تقدم عن المساوردى

انه عند الاعواز يرجع الى قيمة المدينة على أحد الوجهين . هذا ما ذكره العراقيون على قول أبي اسحاق وأما الامام فانه قال : ان لم نر ايجاب الصاع في هذه الصورة اعتبرنا القيمة الوسط للتمر بالحجاز واعتبرنا بحسب ذلك قيمة مثل ذلك الحيوان اللبون بالحجاز واذا نحن فعلنا هكذا جرى الأمر في المذول على الحد المطلوب ، وهكذا لكلام من الامام فيه اجمال .

وقال الغزالي في الوسيط : على هذا الوجه يعدل بالقيمة ، فنقول قيمة الشاة وسط ، وقيمة صاع وسط في أكثر الأحوال (فان قيل) هو عشر الشاة مثلا ، أوجبنا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة ، وكذلك قال ابن عبد السلام في اختصاره للنهاية : انه يعتبر قيمة تلك المصرة بالحجاز ، والقيمة المتوسطة للتمر بالحجاز فيجب من التمر بهذه النسبة ، وكلام الامام المذكور كالظاهر في هذا المعنى وتنزيله عليه ، ولم يذكر الامام في التفريع على الوجه الذي حكاه العراقيون في هذه الصورة غير ذلك ، لأن الوجهين المذكورين على مقتضى نقله يتفرعان على أن الواجب هو الصاع .

وأما الوجه الآخر الذي حكاه في صدر كلامه أن الواجب مقدار قيمة اللبن من التمر كيف كان ، فلم نذكره هنا ، لأنه قسيم الوجه الذي عليه يفرع ، فلذلك لم يذكر هنا الا وجه التعديل ، وعبارته بعد ذلك في لبن الجارية المصرة قدر قيمة اللبن من التمر أو القوت لا يناقض ذلك ، لأن مقصوده به الوجه المذكور هناك في صدر كلامه ، ولا يجيء عليه قول التعديل .

وقول الغزالي : اذا قيل : هو عشر الشاة مثلا أوجبنا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة ، مراده — والله أعلم — بالشاة الأولى الشاة الوسط ، وبالشاة الثانية الشاة المصرة المبيعة ، مثاله اذا قيل : قيمة الصاع الوسط في الغالب درهم وقيمة شاة وسط في الغالب عشرة ، وقيمة الشاة المبيعة خمسة ، فانا نوجب من الصاع نصف عشر ما يساوي عشر قيمة الشاة ، كما اذا كان الصاع في ذلك الوقت مثلا بخسة ، فنوجب منه عشرة ، وهو يساوي نصف درهم ، وان كان الصاع في ذلك الوقت يساوي ثلاثة ، فوجب سدسه ، لأنه يساوي عشر قيمة هذه الشاة وهو نصف درهم .

إذا عرف ذلك فقد نقل الرافعي رحمه الله عن الامام أنه يعتبر القيمة الوسط للتمر بالحجاز ، وقيمة مثل ذلك الحيوان بالحجاز ، فإذا كان اللبن عشر الشاة مثلا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة ، ولم أر في النهاية الا ما حكيتة قبل ذلك من الكلام الذي فيه اجمال ، ونسبت الكلام الذي فيه اجمال الى والكلام الذي بعده في الجارية ، وقد ثبت أنه لا تناقض بينهما ، وأن كلام الامام الأول منزل على ما قاله الغزالي وبين الغزالي والرافعي اختلاف فان الغزالي ينسب قيمة الصاع من قيمة الشاة ، فإذا كان قيمة الصاع عشر قيمة الشاة أوجب عشر الصاع وأول كلام الرافعي رضى الله عنه يقتضى ذلك ، لكن آخره يقتضى نسبة اللبن من قيمة الشاة فانه قال : فإذا كان اللبن عشر الشاة مثلا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة ، واللبن لم يجز له ولا لتقويمه ذكر ، وانما ذكر التمر فالوجه أن يقول : فإذا كان التمر وقد جوزت أن يكون ذكر اللبن بدل التمر سهوا من ناسخ ، لكنه هكذا فيما وقفت عليه من النسخ وفي نسخ الروضة أيضا . فأول كلام الرافعي وآخره لا يلتزمان التثاماً ظاهراً ، الا أن يكون المراد بقيمة اللبن على حذف مضاف ويكون المراد بقيمة اللبن التمر ، لأنه بدله ، وذلك تعسف على أنه يمكن أن يقال بالآخر فقط بأن يقوم اللبن وتقوم الشاة وينسب قيمة اللبن منها ، لكن صدر كلام الرافعي وكلام الامام يأبى ذلك ، ويقتضى تقويم التمر ، وأيضا لا أعلم أحدا من الأصحاب قال بتقويم اللبن ، ثم ان كلام الرافعي والغزالي رحمهما الله متفقان على أنا بعد النسبة نوجب من الصاع ما اقتضته النسبة ، فنوجب في المثال المذكور أن يرد من الصاع تمرا يساوى عشر قيمة الشاة ، وذلك مخالف لما قاله جميع العراقيين من أن المردود فيه الصاع بالحجاز وبين الكلامين تفاوت ظاهر .

والظاهر من كلام العراقيين أنه لا يرد شيئا من التمر . قال ابن الرفعة : وهو الأشبه بمذهب أبى اسحاق فانه يرى أن الصاع من التمر أصل لأجل الخبر كيف كان الحال ، وأنه الواجب ، وما يوجد يكون بدلا عنه ولا يجوز أن يجعل بعض صاع بدلا من صاع .
(فرع) هو من تنمة الكلام في ذلك . اشترى شاة بصاع تمر

ثم أراد ردها بالتصرية ففيه وجهان حكاهما الماوردي في الحاوي وغيره .
(أحدهما) وهو الأصح يردّها ويرد معها صاعا ، ولا اعتبار
بزيادة الثمن ونقصه كما لا اعتبار بقلّة اللّبن وكثرتّه ، ولا يكون ذلك
ربّما ، لأن الرّبا في العقود لا في الفسوخ ، قال صاحب التّمتّة :
الا أن ذلك سوء تدبير منه في المال فيقتضى الحجر (قلت) ومتى
فرض الأمر كذلك فينبغي امتناع الرد ، لأنّه سفه كما تقدّم لنا ،
فيما إذا صارفه دراهم بدنانير على عينها ، وخرج ببعضها عيب كخسونة
الفضة وقلنا يجوز التّريق .

(فإن قلنا) الاجازة بكل الثمن قال القاضي أبو الطيب : لم يكن
له حظ في رد المبيع ، لأنّه سفه فنبقيه على ملكه أصلح له ، وقد تقدّم
ذلك ، وأن غير أبي الطيب يشعر كلامهم أنّه يتعين العدول الى قول
الاجازة بالقسط ، قياس ذلك أن يتفقوا على امتناع الرد ، ورد الصاع ،
ثمّ اما أن يمنع الرد مطلقا وهو قياس قول أبي الطيب واما أن يرجع الى
القول الآخر الذي سيأتي ، وهو قياس الاحتمال الآخر في مسألة
الصرف فراجع هناك .

(والوجه الثاني) في هذا الفرع أنّه يرد بقدر نقص التصرية من
الثمن لأن الرد لاستدراك النقص ، فعلى هذا يقوم الشاة لو لم
تكن مصراة فاذا قيل عشرة قومت مصراة ، فاذا قيل ثمانية ، علم أن
نقص التصرية هو الخمس ، فيرد المشتري ممّا خمس الصاع الذي
اشتراها به ، فهذا الوجه الذي في هذه الصورة هو موافق لما
قاله الغزالي والرافعي ، فتأيد ما قلناه به .

قال ابن الرفعة : لا ، لأن ما قاله الغزالي فيما إذا ساوت قيمة
الصاع قيمة الشاة لا الثمن ، وما ذكره الماوردي فيما إذا ساوى
الصاع الثمن وبينهما فرق ، لأن التمر قد يكون بقدر قيمة الشاة ،
وقد يكون أكثر منها ، وقد يكون أقل ، نعم الغالب مقاربة الثمن للقيمة ،
وهذا الوجه قائله ناظر فيه الى الغلبة ، ومع هذا يصح أن تعضد
الخلافاً الذي ذكره الغزالي به . وفي هذا الفرع وجه ثالث ذكره
الجوري أنّه يرد الشاة وقيمة اللّبن ذهباً أو ورقاً ، قياساً على ما
إذا اشترى حلياً بمثله من الذهب ، ثم وجد به عيباً وحدث عنده

عيب . ووجه رابع مجزوم به في تعليق الطبري عن ابن أبي هريرة أنه يردّها ولا شيء عليه .

(فرع) هذا الذي تقدم من اعتبار قيمة الحجاز أو المدينة . هو الذي ذكره أكثر العراقيين . وقد تقدم عن الماوردي فيما إذا أعوز التمر حكاية وجه أنه يعتبر قيمة أقرب البلاد إليه تفريعا على قول أبي اسحاق . وقياس ذلك أن يأتي هنا فانه لا فرق بين أن يعوز التمر وبين أن يجوز له العدول الى القيمة ، فإذا ضمنت ذلك وما قاله الغزالي رحمه الله في كلام المصنف رضى الله عنه حصل لك في هذه المسألة - أعنى مسألة الكتاب - أربعة أوجه (أصحها) وجوب الصاع (الثاني) وجوب قيمته بالمدينة (الثالث) وجوب قيمته بأقرب البلاد إليه (الرابع) وجوب بعض صاع لمقتضى التوزيع ، ليس في الفرع الذي قاله الماوردي الوجهان اللذان ذكرهما عند امكان رد التمر ، وما حكيناه عن الجوري وابن أبي هريرة ، وأما ان أعوز فسيأتى ان شاء الله تعالى .

(فرع) إذا أوجبنا رد الصاع التمر فيما إذا اشتراها بتمر وهو الأصح ، فلو أنه رضى بها ثم أراد الاقالة قال القاضي حسين وصاحب التتمة : ان قلنا الاقالة عقد فلا يجوز لأنه يلزمه أن يرد بدل اللبن تمرا ، فكأنه باع ثاة وصاع تمر بتمر .

(وان قلنا) الاقالة فسخ جاز ، لأن الفسوخ لا ربا فيها (قلت) وهذا الخلاف في الاقالة يأتي على كل من الوجهين اللذين حكاهما الماوردي ، وأما الذي حكاه الجوري أنه يرد قيمة اللبن نقدا فيجوز ، سواء قلنا الاقالة بيع أو فسخ .

(فرع) عن البندنجي أنه يعتبر قيمة الرد كرجل أقرض رجلا صاعا من تمر بالحجاز ، ولقيه بخراسان ، له مطالبة بقيمة الحجاز يوم المطالبة ، وليس له مطالبة بالتمر ، كذا هنا ، وكذلك يقتضيه كلام الشيخ أبي حامد (قلت) فلو فرضنا قيمة التمر يوم الرد بالحجاز كثيرة تزيد على نصف قيمة الثاة لغلاء سعر التمر ورخص الثاة . فكيف الحال في ذلك (يمكن) أن يقال يلزمه ذلك كما في القرض . ويمكن أن يقال يتعين التمر لأنه الأصل ولا فائدة في العدول عنه ،

وقد تقدم من كلام الامام أنه يعتبر القيمة الوسط ، وينبغي أن يحمل ذلك على الوسط من الأنواع حتى يكون موافقا لكلام البندنجي ، لكن قول الغزالي في أكثر الأحوال ظاهر بخلافه ، وأنه لا يعتبر وقت الرد ، وما قاله العراقيون أقل .

(فرع) الذى يقول بايجاب شئ من التمر فيما اذا اشترى شاة بصاع تمر وردها بالتصرية بمقتضى التوزيع . قال ابن الرفعة : ليت شعري ماذا يقول عند فقد التمر فليته قال والظاهر أنه يقول : برد ما اقتضاه التوزيع من القيمة ، وعلى ما ذكره العراقيون يكون الواجب قيمة صاع من تمر الحجاز كما سلف ، وتقدم وجه آخر عن الحاوي أنه يجب قيمة صاع تمر بأقرب بلاد التمر اليه . (قلت) وما قاله انه ظاهر متعين على هذا الوجه وحينئذ يكون في هذه الصورة أربعة أوجه (أصحها) ايجاب قيمة بعض الصاع بالمدينة (والثاني) قيمة الصاع بأقرب البلاد (والثالث) ايجاب قيمة بعض الصاع بالمدينة على ما اقتضاه التوزيع (والرابع) ايجاب بعض قيمة صاع بأقرب البلاد اليه ، وقد تقدم ما ذكره الجورى وابن أبى هريرة .

(فائدة) قول المصنف رحمه الله : لأنه هو الأصل ، أى لأن التمر هو الأصل . كذلك صرح به الشيخ أبو حامد ، فيحمل كلام المصنف عليه ، ويكون المعنى أن صاع التمر بالحجاز هو الأصل ، فاذا تعذر رده رجعنا الى قيمته بالحجاز كمن أقرض تمرا بالحجاز ولقيه بخراسان فطالبه بقيمة الحجاز .

(فرع) رأيت في شرح التنبيه لابن يونس أنه اذا أراد قيمة الصاع فانا نوجب فيه صاعا من تمر بالحجاز ، ويشبه أن يكون في النسخة تصحيف ، ولعله يوجب قيمة صاع ، والله أعلم .

(فرع) تقدم في جنس الواجب رده مع المصراة سبعة أوجه ، وفي مقداره أربعة أوجه (أصحها) صاع تمر (والثاني) بقدر قيمة التمر (والثالث) ان زاد الصاع فيما يقتضيه التعديل والا وجب الصاع (والرابع) ان زاد فالواجب القيمة بالحجاز والا فالواجب الصاع . ولم يقل أحد فيما أعلمه أنه ان زاد انصاع فالواجب قيمة الصاع من التمر والا وجب التمر ، فاذا خلطت الأوجه بعضها ببعض

وجمعتهما حصل لك فيما ترده مع المصرة خمسة وعشرون وجها من ضرب الأربعة في ستة .

(وأما) السابع وهو ما حكاه أبو محمد فلا يأتي خلاف في المقدار فيه ، وترتيبها هكذا (أصحها) أن الواجب صاع من تمر مطلقا - كثر اللب أو قل - زادت قيمته أو نقصت (الثاني) صاع من القوت الغالب (الثالث) صاع على التخيير بين الأقوات ما عدا الأقط (الرابع) التمر أو ما هو أعلا منه (الخامس) التمر أو غالب قوت البلد (السادس) لو كان التمر موجودا فصاع منه والا فصاع من الغالب فهذه ستة ، ومثلها أن الواجب بقيمة اللب من هذه الأشياء على الخلاف فيها صارت اثني عشر ، وستة أن زادت قيمة الصاع على الشاة أو نصفها فالواجب ما يقتضيه التعديل من هذه الأشياء الستة على الخلاف فيها وإن لم تزد فالواجب الصاع من الأمور المذكورة فهذه ثمانية عشر وستة ، أنه أن زادت قيمة الصاع فالواجب قيمته والا فهذه الأشياء الستة على الخلاف ، والخامس والعشرون ما حكاه الشيخ أبو محمد من الجرى على قياس المضمونات وهو أضعفها ، ولا يمكن أخذه مع الأربعة ، والله أعلم .

(فرع) فإن كان باع الشاة المصرة بصاع من تمر ، فيجىء فيها بمقتضى التركيب ثمانية وعشرون وجها ، هذه الخمسة والعشرون المذكورة وثلاثة أخرى (أحدها) أنه يجب من الصاع بقدر نقص النصرية من التمر (والثاني) يرد قيمة اللب ذهابا أو فضا (والثالث) يردها ولا شيء عليه ، فقد تقدم ذلك ، وأعلم أن تركيب هذه الوجوه ذكر لتستفاد ويعرف كيفية النظر في ذلك ولكن اثباتها لذلك متوقف على أن كل واحد من أصحاب الوجوه قائل بالوجوه التي تركب معها ، حتى يصح التركيب ، وقد فعل الأصحاب مثل ذلك في مواضع ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن كان ما حلب من اللبن باقيا فأراد رده ففيه وجهان ، قال أبو اسحاق : لا يجبر البائع على أخذه لأنه صار بالحلب ناقصا لأنه يسرع إليه التغير فلا يجبر على أخذه . ومن أصحابنا من قال : يجبر لأن نقصانه حصل لمعنى يستعلم به العيب فلم يرفع الرد ،

ولأنه لو لم يجز رده لنقصانه بالحلب لم يجز أفراد الشاة بالرد . لأنه أفراد بض المعقود عليه بالرد ، فلما جاز ذلك ههنا - وأن لم يجز في سائر المواضع - جاز رد اللبن ههنا مع نقصانه بالحلب ، وأن لم يجز في سائر المواضع) .

(الشرح) هذه الحالة الرابعة من أحوال رد المصراة ، وهى إذا أراد ردها بعد حلب اللبن باق ، وهذا على قسمين (أحدهما) أن يكون قد حمض وتغير فلا خلاف أن البائع لا يكلف أخذه (والثانى) أن لا يكون كذلك ، وهى صورة الكتاب ففيها وجهان (أحدهما) وهو قول أبى إسحاق أنه لا يجب على البائع أخذه لما ذكره المصنف رحمه الله وفيه تنبيه على أنه ليس من شرط المسألة أن يأتى عليه زمان ، بل لو كان عقب الحلب لم يجب أخذه ، لأنه صار يسرع إليه التغيير ، فنقص عما كان فى الضرع ، وقول المصنف رحمه الله بعد ذلك : فلا يجبر على أخذه ، تأكيد لأنه قد ذكر ذلك أولا ، ويمكن تعليل هذا الوجه أيضا بأن اللبن الموجود عند العقد الذى يستحق بدله اختلط باللبن الحادث المختص بالمشتري ، فإذا سمح به لا يجبر البائع على قبوله ، وهذا قد يحدسه الخلاف المذكور فى الأخبار فى مسألة اختلاط الثمار ومسألة النعل ، ومسألة الحنطة المختلطة ، فيكون الاختصار على العلة الأولى أولى .

(وقد يقال) انه لا يصار الى الأخبار فى المسائل المذكورة الا للضرورة : ألا ترى أن النعل إذا لم يكن نزعه معيبا فلم ينزعه لا يجب قبوله ؟ وههنا لا ضرورة تدعو الى قبول اللبن لا مكان رد التمر الذى قدره الشرع ، ومن صحح هذا الوجه ابن أبى عمرو والرافعى رضى الله عنهما . وقال الرويانى فى البحر : انه الأصح عند جمهور أصحابنا . وبه جزم الماوردى .

(والوجه الثانى) أنه يجب على البائع قبوله ، ويجبر عليه لما ذكره المصنف . والاعتذار بكون ذلك لاستعلام العيب ، وهو الذى ذكره القاضى أبو الطيب . مستمر على الأظهر من القولين فى تلك المسألة . وكأنه إذا كسر منه قدر ما يفرق به العيب غرده قهرا ، وقاسوه على مسألة المصراة : هذا والقول الثانى فى تلك المسألة بمسألة المصراة التى قاسوا عليها رد الشاة بدون اللبن . فانه جائز

قولا واحدا مع النقصان الذى حصل فيها بالحب ، لأجل أن ذلك لاستعلام عيب الشاة ، وليس مرادهم مسألة اللبن التى فيها • اذ لا يحسن تخريج قول على وجه ، وحينئذ فمسألة اللبن هذه فرد من أفراد تلك المسائل المسندة الى رد المصرة بعد نقصها بالحب •

(الثانى) أنه اذا كان النقص الذى يستقل به العيب غير مانع على الأظهر من القولين فى تلك المسائل وبلا خلاف فى رد الشاة نفسها بعد الحب ، فلم لا كان هنا فى رد اللبن كذلك ؟ ولم حكم الجمهور بأن الصحيح عدم الاجبار ؟ •

(فالجواب) أن اللبن لم يظهر فيه عيب قديم يقتضى رده بخلاف الشاة ، وما لا يوقف على عيبه الا بكسره فانه مشتمل على عيب قديم بسببه يرد ، فنقصه لاستعلام عيبه ، واللبن نقصه لاستعلام عيب غيره وهو الشاة والحاقه بما نقصه لاستعلام عيبه يحتاج الى بيان ، والتمييز بين النوعين كاف فى الفرق (وأيضاً) النقص لاستعلام العيب لو قلنا بأنه يمنع فى غير هذا الموضع لأدى الى بطلان رد المعيب ، وههنا لا يؤدى الى ذلك ، لأن الشرع جعل اللبن بدلا يرده مع الشاة المعيبة ، واللبن ليس بمعيب فلا يلزم من اغتفاره فى محل الضرورة اغتفاره حيث لا ضرورة •

(الثالث) أنا على القول بالرد فيما نقصت قيمته بكسره ، نقول بأنه يلزم الأرث على قول ، وان كان الأظهر خلافه ، وأما ههنا على الوجه بأن له رد اللبن لا نعلم أحدا قال بأن المشتري يغرم مع ذلك تفاوت ما بين قيمة اللبن فى الضرع وقيمته محلوبا • وهذا يهرك لنا بحثا ، وهو أن التمر يتقسط على الشاة ، واللبن الذى فى ضرعها ، كما تقدم ، وذلك باعتبار قيمتهما ، فهل تعتبر قيمة اللبن فى الضرع أو بعد الحب ؟ وقد يقال انه فى الضرع لا يمكن تقويمه كالحمل فى البطن ، لكننا اذا كنا نعلم أنه بعد الحب أنقص مما فى الضرع ، وحين المقابلة كان فى الضرع ، والمعتبر فى التقسيط وقت العقد ، فهذا البحث حركته لننظر فيه ، فان كان يعتبر قيمته فى الضرع وبالحب ينقص عن ذلك ، فكان قياس ذلك الوجه ايجاب الأرث ، ولا أعلم من قال به • وان كان يعتبر قيمته بعد الحب فلا نقص حينئذ ولا يحتاج أن يعتذر بأنه نقص حدث لاستعلام العيب •

(الرابع) أنا اذا قلنا بأن للمشتري رد اللبن فهل له أمسكه ورد للشاة ؟ قال صاحب التتمة : ان كان قد أمسكها زمانا يحدث في مثله لبن لا يكلف الرد ، لأن الحادث بعد العقد ملكه فلا يلزمه رده . وان حلب عقيب الشراء وقلنا على البائع قبول اللبن لأنه عين حقه . فعلى المشتري رده اذا أراد الفسخ . وليس له رد البذل . لأن حقه في يده .

(الخامس) أن القائل بأن له ههنا أن يرد اللبن هل ذلك بطريق الفسخ ؟ كما لو اشترى عينين فوجد باحدهما عيبا فان له أن يرد الجميع . ان كان كذلك فينبغي عند هذا القائل أنه اذا أراد أمسك اللبن ورد الشاة . يجرى فيها الخلاف فيما اذا أراد أن يقرد احدى العينين بالرد فعلى قول يمتنع عليها الافراد بالرد ، وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التتمة عند عدم اختلاط اللبن بلبن جديد ، وعلى قول لا يمتنع ، وان لم يكن بطريق الفسخ فبماذا يجبر البائع على قبوله ؟ وحقه في التمر واللبن على ملك المشتري بمقتضى العقد ؟ فتلخص أن صاحب هذا الوجه يلزمه أن يوجب رد اللبن عند بقائه وهو خلاف ظاهر الحديث .

(السادس) أن رد اللبن هل يكون حكمه حكم رد المصراة ؟ اذا قلنا الخيار فيها على الفور حتى اذا أخر بطل اجبار البائع عليه ، ويقتصر على رد الشاة ، أو نقول رد الشاة على الفور وللبن الى خيرة المشتري ؟ لم أر في ذلك نقلا ، وهو يلتفت على ما تقدم من البحث في أن ذلك هل هو بطريق الفسخ أو لا ، فان كان بطريق الفسخ كان على الفور ، وكل هذه التفريعات المضطربة سببها ضعف هذا الوجه القائل بأن له رد اللبن قهرا .

(السابع) قول المصنف رحمه الله : « ولأنه لو لم يجز الرد » الى آخره هو الدليل الثانى في كلامه الذى وعدت بالكلام عليه ، وهو دليل مستقل غير ناظر الى أن النقصان لأجل الاستعلام أو لا ، وبهذا يخالف ما قدمته من أن هذه المسألة ، ومسألة ما لا يوقف على عيبه الا بكسره جميعا ، يرجعان الى مسألة رد المصراة مع نقصها بالحلب ، وهذا الدليل الذى ذكره المصنف رحمه الله غير ذلك لأنه جعل امتناع رد اللبن مستلزما لامتناع افراد الشاة بالرد ، وعلل الأول بالنقص بالحلب ، والثانى بأنه افراد بعض العقود

عليه ، وذلك غير النقص بالحلب ، فلم يحصل الجمع بينهما به ، وإنما مقصوده قياس النقصان بالحلب على النقصان بالافراد فان افراد بعض المعقود عليه نقص .

وسكت المصنف رحمه الله عن ذلك لوضوحه ولذكره في موضع آخر وهو ما اذا اشترى عينين صفقة واحدة فانه لا يجوز افراد أحدهما بالرد ، أما جزما اذا كان العيب بهما ، أو على الأظهر اذا كان بأحدهما ، واذا كان افراد بعض المعقود عليه نقصا . فلو امتنع رد اللبن بنقصانه بالحلب لامتنع افراد الشاة لنقصانها بالافراد والجامع بينهما مطلق النقصان فلما جاز رد الشاة ههنا وافرادها عن اللبن اتفاقا ولم يجعل النقصان بالافراد مانعا — وان كان مانعا في سائر المواضع — ونجب أن يجوز رد اللبن ، ولا يجعل النقصان بالحلب مانعا — وان كان مانعا في سائر المواضع — هذا تقرير هذا الدليل ، ولا بد من الجواب عنه اذ الأصح في المذهب خلافه .

وطريق الجواب أن الأصل أن النقص مانع ، ولا يلزم من مخالفة الأصل في موضع مخالفته في كل موضع الا أن يتبين أن المعنى الذي استثنى لأجله نقصان افراد الشاة بالرد عن سائر مواضع الافراد موجود في النقصان بالحلب ههنا ، حتى يستثنى عن سائر مواضع النقص ، وصحة القياس متوقفة على ثبوت ذلك ، وهو غير بين .

(الثامن) أن الأصحاب أطبقوا على حكاية الوجهين كما حكاها المصنف رحمه الله ، وكلام الشيخ أبي حامد يقتضى حكاية الوجهين عن أبي اسحاق ولذلك الرويانى قال : ان أبا اسحاق أشار في الشرح الى وجهين ، والمصنف وابن الصباغ جعل القول بعدم الاجبار قول أبي اسحاق ، وكلام أبي الطيب محتمل لما قاله أبو حامد ، ولما قاله المصنف ، فانه قال: لا يجبر عليه ، ذكره أبو اسحاق في الشرح وقال : لأنه صار معيبا ، وفيه وجه آخر أنه يجوز ، وبقيّة الأصحاب يذكرون الوجهين غير منسويين ، والجمع بين ذلك كله أن أبا اسحاق ذكر في شرحه الوجه الذى اختاره والوجه الآخر .

(التاسع) أن هذا كله في رده على جهة القهر ، أما لو تراضيا على ذلك ، قال الماوردى والرويانى في البصر : جاز ، وقد تقدم

ذلك عن البغوى والرافعى رحمهما الله أنه لا خلاف فيه ، ونبهت هناك أنه هل هو من باب الاعتياض ؟ أو من باب الرد بالفسخ ؟ وأن ابن المنذر خالف فيه ، ومقتضى كلامه المخالفة هنا ، وهو أحد قولى المالكية ، وأن ابن المنذر جعله من باب الاعتياض وذكرت بحثا هناك يقتضى أنه ليس كذلك وأنه يجوز ، فليُنظر ذلك البحث فى فرع عند شرح قول المصنف « وان أجاز رد المصراة بذل اللبن » •

(فرع) تبسم المرعتى العيب الحادث عند المشتري الى قسمين (أحدهما) المصراة يردّها ناقصة عما أخذت عليه من كون اللبن فى ضرعها ، وما سوى المصراة ثلاثة أضرب (أحدها) يرد قولاً واحداً كالعنب والخيار يغمزه بعود أو حديدة فيتبين أنه مر (والثانى) فيه قولان كالثوب يقطع ثم يعلم عيبه (والثالث) ثلاثة أقوال إذا كسرنا ما لا نوقف على عيبه إلا بكسره ، وسيأتى ذلك ان شاء الله تعالى فى الرد بالعيب ، وفيه توقف نذكره هناك ان شاء الله تعالى •

(فرع) إذا اشترى ثاة وجز صوغها ، ثم وجد بها عيباً — ان كان الجز لاستملاص العيب — لم يمتنع الرد ، وجبى مجرى الحلب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى جارية مصراة ففيه أربعة أوجه :

(أحدها) أنه يردّها ويرد معها صاعاً لأنه يقصد لبنها فثبت بالتدليس له فيه الخيار ، والصاع كالشاة •

(والثانى) أنه يردّها لأن لبنها يقصد لتربية الولد ، ولم يسلم له ذلك ، فثبت له الرد ولا يرد بدله ، لأنه لا يباع ولا يقصد بالعوض •

(والثالث) لا يردّها لأن الجارية لا يقصد فى المادة إلا عينها دون لبنها •

(والرابع) لا يردّها ، ويرجع بالأرثى لأنه لا يمكن ردّها مع عوض اللبن لأنه ليس للبنها عوض مقصود ، ولا يمكن ردّها من غير عوض ،

لأنه يؤدي الى اسقاط حق البائع من لبئها من غير بدل ، ولا يمكن اجبار المبتاع على امساكها بالثمن المسمى ، لأنه لم يبذل الثمن الا ليسلم له ما دلس به من اللبن ، فوجب أن يرجع على البائع بالأرض ، كما لو وجد بالمبيع عيبا وحدث عنده عيب) •

(الشرح) الكلام في هذا الفصل ، والفصل الذي بعده يحتاج الى أصل ، وهو أن المنصوص عليه في كلام الشافعي رحمه الله حكم الابل والغنم والبقر : والصحيح المشهور أنه يعم جميع الحيوانات المأكولة ، والمصرح به من ذلك في الحديث هو الابل والغنم (وكثير) من الأصحاب يجعلون حكم البقر ثابتا بالقياس وبه يشعر كلام الشافعي رحمه الله في المختصر (ومنهم) من يأخذه من النص في الحديث الذي لفظه « من اشترى مصراة » فانه عام ، وقد تقدم ذلك ، وانتفقوا على اثبات الحكم في البقر اما بالنص واما بالقياس ، فان القياس فيها ظاهر جلي وهي في معنى الابل والغنم ، فلذلك اتفقوا على ثبوت الحكم فيها •

أما ما عدا ذلك من الحيوانات كالجارية والأتان ، فلا يظهر فيهما أنهما في معنى الأصل المنصوص عليه ، وعقد المصنف رحمه الله هذا الفصل والذي بعده للكلام فيهما ، والذي تجرى أحكام المصراة عليهما فطريقه في ذلك اما القياس وان كان ليس في الجلاء والظهور كالأول ، واما ادراجها في عموم قوله « من اشترى مصراة » والذي لا تجرى عليهما أحكام المصراة طريقه قطع القياس ، ويتبين أنهما غير داخلين في عموم قوله : مصراة (اما) بأن الاسم غير صادق عليهما عند الاطلاق (واما) باخراجهما من اللفظ بدليل ، وقد يقال : ان من جملة ما يدل على اخراج الجارية قوله في الحديث : « بعد أن يطلبها » فان ذلك يقتضى قصر الحكم على ما يصدق عليه اسم الحلب ، وفي اطلاق الحلب على الجارية نظر •

(واعلم) أن قاعدة مذهب الشافعي رضى الله عنه ، كما ذكره الامام ، يدل على أن ثبوت الخيار في المصراة جار على القياس ، واذا كان كذلك فيسوغ الحاق غير المنصوص عليه بالمنصوص ، والمصنف رحمه الله وكثير من الأصحاب لم يذكروا الحديث الذي فيه صيغة

العموم ، وانما ذكروا النص في الابل والغنم ، وكان ما سوى المنصوص عليه على قسمين :

(قسم) التصرية موجودة فيه في غير الابل والغنم (وقسم) فيه معنى يشبه التصرية ، فذكر المصنف رحمه الله الجارية في هذا الفصل والأثتان في الذي بعده لأنهما ملحقان عند من يقول بالالحاق بالابل والغنم لشمول التصرية بالجميع ، وذلك بعد تجميع شعر الجارية ، ولأنه ملحق بالتصرية فلذلك آخره وله مراتب في الظهور كتجميع الشعر ، فيلحق ، والخفاء كنقطة من المسدود على ثوب العبد فلا يلحق ، وبين ذلك ففيه خلاف •

ونذكر هذه المراتب ان شاء الله تعالى عند كلام المصنف في تجميع شعر الجارية ، وذكر الماوردي وجهين في التصرية في غير الابل والبقر والغنم ، فأحد الوجهين وهو قول البصريين أنها ليست بعيب (والثاني) وهو قول البغداديين أن التصرية في كل الحيوان عيب •

(وأما) تصرية الجارية الذي هو محل كلام المصنف هنا ، فقال الامام : ان الخلاف فيه ليس من النمط المذكور ، فان التلبيس بالتصرية في الجارية كالتلبيس بالتصرية في البهيمة ، وانما نشأ الخلاف من أصل آخر ، وهو أن الأصل في خيار الخلف أن يترتب على الشرط والفعل والموهم الخلف بالشرط ، وهو دونه وبقوى أثره فيما يظهر توجه القصد اليه ، فأما ما لا يتوجه القصد اليه فلا يظهر التلبيس فيه ، قال : ويمكن أن يقال : هذا مع التقريب يلتحق بما قدمناه من مواقع الخلاف ، يعنى من المرتبة التي بين الظهور والخفاء كما أشرنا اليه من قبل ، فان الشيء اذا كان لا يقصد مما يجرى من تلبيس فيه وفاقا لا توهم ، ويمكن أن يقرب مما تقدم من وجه آخر ، وهو أن الضرع والاختلاف يعتاد معاينتها ويدرك الفرق فيها ، وليس كذلك الثدي في بنات آدم ، فان المشاهدة لا تتعلق غالبا به وغرضنا تخريج الوفاق والخلاف على أصول ضابطة • انتهى •

ومقصود الامام أن الثدي اذا كان لا يرى غالبا ، ولا يحصل فيه قصد التغرير غالبا ، فلم يتحقق ضرع الناقة والشاة الذي هو مرئى الغالب ، ومقصوده بما قاله أولا من أن لبن الجارية غير

مقصود ، أى فى الغالب لأنه لا يقصد الا على ندور لأجل الحضانه .
فلا يلتحق بما هو مقصود فى كل الأحوال ولذلك لم يغتر برؤية الحلمة
وهو الثدى . اذا عرف ذلك فهل التصرية فى الجارية عيب أم لا ؟ على
وجهين على ما تقدم عن الماوردى .

وقال الشيخ أبو حامد : انه لا خلاف أنها عيب لأمرين (أحدهما)
المرغبة فى رضاع الولد (والثانى) أن كثرة اللبن تحسن الثدى لأنه
يعلو ولا يسترسل . هكذا قال أبو حامد ، ولكن غيره مصرح بالخلاف
فى ذلك ، وشبهوه على أحد الوجهين بما اذا اشترى جارية فبانت أخته
فلا خيار ، لأن الوطاء فى ملك اليمين غير مقصود .

اذا عرف ذلك فقد ذكر المصنف أربعة أوجه أصلها وجهان وقيل
قولان (أحدهما) أنه يرد معها صاعا ، لما ذكره المصنف . وهذا
قول ابن سريج وابن سلمة فيما حكاه الجورى (والآخر) يرد ما ولا
يرد بدل اللبن لأنه لا يعتاض عنه فى الغالب ، وان كان متقوما ، وهذا
معنى قول المصنف رحمه الله أنه لا يقصد بالعوض ، ولم يرد أنه
لا يباع منفردا ، لأن مذهبنا جواز بيعه . وهذا الوجه ذكره
الصيدلانى وغيره على ما حكاه الامام ، وكلا الوجهين مذكور فى الحاوى
وفيهما علقه سليم عن أبى حامد .

(والوجه الثانى) أنه لا يرد . وهذا قول أبى حفص ابن الوكيل
على ما يقتضيه كلام الجورى ، وعلى هذا فوجهان (أحدهما) وهو
الثالث فى كلام المصنف رحمه الله أنه لا يرد ، أى ولا شيء له لما ذكره
المصنف رحمه الله . وهذا الوجه لم يذكره الرافعى ولكن ذكره القاضى
أبو الطيب والقاضى حسين والماوردى وغيرهم ، وهو مفرع على أن
التصرية فى ذلك ليست بعيب (والآخر) وهو الرابع فى كلام المصنف
أنه لا يرد ويرجع بالأرث ، وصححه ابن أبى عسرون تفريعا على
القول بعدم الرد .

واختلف فى مأخذه ، فالشيخ أبو حامد ذكره فيما علقه البندنجى
عنه من قوله : انه لا خلاف فى أنها عيب مستدلا بما ذكره المصنف
وهو حسن . واستدل — لأنه لا يمكن ردها من غير عوض — بأنها نقصت
عنده ، فهذا الوجه بهذا التعليل مع الوجهين الأولين ثلاثها مفرعة

على القولين بأن التصرية في ذلك عيب : ولذلك ذكرها الشيخ أبو حامد مفرقة في التعليقات . ونقل الرويانى عن الدارمى أنه على القول بأنه ليس بعيب ، فإنه يرجع بالأرث . وغلطه قال : لأن هذا المائل منع الرد لأنه ليس بعيب ، وقدر الدارمى أنه لا يرد ، لأن الحلب عيب حادث ، فقال يرجع بالأرث (قلت) وينبغى أن يحمل كلام الدارمى على ما قاله الشيخ أبو حامد رحمه الله ، ولا يغلط ، ولا يظن به أنه فرع ذلك على أنه ليس بعيب . هذا ما ذكره الأصحاب رحمهم الله في ذلك . وقال الامام : اذا أثبتنا الخيار بتصرية الجارية ، وان قدرنا التمر بقيمة اللبن فلم يكن اللبن الجارية قيمة لم يجب شيء . وان أوجبنا الصاع فهنا وجهان ، هذا اذا لم يكن اللبن منقوما ، وان كان له قيمة فلا بد من بدله . وهل يبدل بالصاع أم بنميته من تمر أو قوت آخر ؟ فيه وجهان . وهذا التخيير حسن (والأصح) من هذه الأوجه عند الراعى وصاحب التهذيب أنه يرد ، ولا يرد بدل اللبن ، وهو الثانى في كلام المصنف رضى الله عنه . قال الرويانى في البحر : وهذا أقرب عندى (والأصح) عند انقاضى أبى الطيب والجرجانى أنه يرد ما ويرد معها صاعا بمنزلة تصرية الابل والغنم وقال ابن أبى عمرون : انه الأقيس به فى المرشد .

وقد تقدم فى باب الربا أن محمد بن عبد الرحمن الحضرمى نقل عن الشافعى رضى الله عنه أنه لو باع أمة ذات لبن بلبن آدمية جاز ، وهو رد ما صححه القاضى أبو الطيب هنا ، لأنه لو كان اللبن بمنزلة العين ويقابله قسط من الثمن لما صح بيعها بلبن آدمية ، كما لا يصح بيع شاة فى ضرعها لبن بلبن غنم . وعلى ما تقدم من تخيير الامام رجع النظر الى تحقيق مناط ، وهو أن لبن الجارية هل له قيمة أو لا ؟ فان كان له قيمة تعين الحكم بوجوب بدله ، كما قال الامام ، قال : لأن نفى البدل فى هذا المقام لا يقتضيه خبر ولا يوجب قياس .

(فرع) حكم الخيل حكم الجارية ، وذكره الماوردى ، ولم يذكر الماوردى فى الجارية الثلاثة الأوجه المذكورة أولا فى كلام المصنف رحمه الله . قال العبدى : لنا فى تصرية لبن الجارية قولان ، وفى الأتان وجهان ، فاقضى كلامه أن الخلاف فى الجارية منصوص عليه .

وكذلك رددت القول فيما تقدم في ذلك هل هو وجهان أو قولان ؟
والله اعلم .

(فرع) من جملة العلماء القائلين بأن حكم التصرية لا ينحصر في الابل والغنم البخارى رحمه الله . فانه قال في تبويبه : باب النهى « للبائع أن لا يحفل الابل والغنم والبقر وكل محفلة . والمصراة التى صرى لبنها وحقن فيه وجمع فلم تحلب أياما » ولم يذكر في الباب حديثا فيه صيغة عامة بنعته ، والله اعلم .

(فرع) حكى المصنف في انتبيه وجهين (أحدهما) أنه لا يرد (والثانى) أنه يرد ولا يرد بدل اللبن . فالثانى في التنبيه هو الثانى في المذهب ، والأول في الثانى يحتمل أن يكون هو الثالث في المذهب ، وهو أنه لا يردها . ولا شئ له . ويحتمل أن يكون هو الرابع . وهو أنه لا يرد ويأخذ الأرش ، ويحتمل أن يكون مقصوده عدم الرد الذى هو مشترك بين الوجهين ، ويكون كل من الوجهين مفرعا عليه ، وهو الأول .

وقال ابن الرفعة في قول التنبيه : انه لا يرد . قال : أى ويأخذ الأرش وقال : ان القول بأنه لا يرد ولا يرجع بالأرش هو ما ظن ابن يونس أنه القول الأول من كلام الشيخ (قلت) وأما تفسير ابن الرفعة لكلام الشيخ فممنوع لما تقدم ، وأما كلام ابن يونس فمحتمل ، لأنه حكى الوجهين فيحتمل أن يكون جعلهما مفرعين على الوجه الذى حكاه الشيخ ، وهو الاحتمال الذى قلت : انه الأولى ، وحينئذ لا ينسب الى ابن يونس حمل كلام الشيخ على أحد الوجهين دون الثانى ، والله سبحانه أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى أتانا مصراة ، فان قلنا بقول الاصطخرى : ان لبنها طاهر ، ردها ورد معها بدل اللبن كالشاة (وان قلنا) بالمنصوص : انه نجس ففيه وجهان (أحدهما) أنه يردها ولا يرد بدل اللبن ، لأنه لا قيمة له ، فلا يقابل ببديل (والثانى) يصكها ويأخذ الأرش ، لأنه لا يمكن ردها مع البديل ، لأنه لا بدل له ولا ردها من غير بدل لما فيه من اسقاط

حق البائع من لبنها ، ولا امساكها بالثمن لأنه لم يبذل الثمن الا لتسلم له الأتان مع اللبن ولم تسلم ، فوجب أن تمسك ويأخذ الأرضي) •
(الشرح) الأتان الأنثى من الحمر ، وقول الاصطخري رحمه

الله بطهارة لبنها معروف مشهور ، وهو يقول بطهارته وحل تناوله ، وعده الامام من هفوات بعض الأئمة • وحكى الامام أن من أصحابنا من حكم بطهارة لبنها وحرمة وهذا بعيد ، والمذهب نجاسته ، وقد تقدم أن تصرية الأتان هل هي عيب أم لا ؟ على وجهين ، وقال الشيخ أبو حامد : انه لا خلاف في أنها عيب كما تقدم أنه مثل ذلك في الجارية ، اذا عرف ذلك ففي حكم تصرية الأتان طرق •

(احداها) ما ذكره المصنف رحمه الله أنه ان قلنا بطهارة لبنها ردها ، ورد بدل اللبن (وان قلنا) بنجاسته فقليل : يردها ولا يرد معها شيئا • وقيل ، يمسكها ويأخذ الأرض ، وممن ذكر هذه الطريقة الشيخ أبو حامد •

(الطريقة الثانية) التي ذكرها الماوردي من العراقيين ، والقاضي حسين من الخراسانيين : أنه هل يرد أو لا يرد ؟ في المسألة وجهان (فان قلنا) بنجاسة لبنها ردها ولا يرد معها شيئا (وان قلنا) بطهارة لبنها • وهو قول الاصطخري • فهل يرد معها صاعا من تمر ؟ على وجهين كالجارية واناث الخيل • وهذه عكس ما ذكره المصنف رحمه الله (والطريقة الثالثة) التي ذكرها الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب الجزم بردها وتخريج رد بدل اللبن على الخلاف (فان قلنا) بطهارته رد بدله صاعا من تمر (وان قلنا) بنجاسته لا يرد لأن النجس لا بدل له ولا قيمة ، وهذه تخالف طريقة الماوردي ، فان الماوردي يتردد في رد بدل اللبن على القول بطهارته ، وأبو حامد وأبو الطيب جازمان به ، وتخالف طريقة المصنف رحمه الله في قوله انه يمسكها ويأخذ الأرض ، وقد نقل الشاشي عن القاضي أبي الطيب أن الأوجه التي في الجارية في الأتان على قول الاصطخري فهذه الطرق الثلاثة في طريقة العراقيين ، وبعضها في كلام الخراسانيين كما تقدم •

(والطريقة الرابعة) التي ارتضاها الامام أنه ان قلنا : اللبن نجس فلا يقابل بشيء ، ولكن لا يبعد اثبات الخيار ، اذ قد يقصد

غزارة لبنها لمكان الجحش ، فيلتحق هذا الخيار بقبول التردد ، وان حكمنا بأنه طاهر فكذلك ، فان اللبن المحرم لا يتقوم ، وان حكمنا بحله فالقول في تصرية الأتان كالقول في تصرية الجارية ، وقد تقدم كلامه في الجارية ، وهذه الطريقة توافق طريقة الماوردي في إلحاقها بالجارية على قول طهارة اللبن وحله ، وتخالفها في أن الماوردي لم يحك القول بتحريم اللبن مع طهارته ولا التفريع عليه ، وفي أن الماوردي لم يبين الخلاف في الرد على الخلاف في النجاسة ، وانما حكى الخلاف في الرد وفي سائر الحيوانات غير الأبل والبقر والغنم .

(فان قلنا :) بشمول الحكم للجميع ، فالماوردي جازم على قولنا بنجاسة اللبن ، يرد الأتان ولا شيء معها ، والامام مقتضى كلامه التردد في ردها ، وطريقة الامام تخالف طريقة المصنف رحمه الله أيضا ، ولأن الامام لم يتعرض لامساكها بالأرث ، والمصنف لم يتعرض لطهارة اللبن مع تحريمه ، والله أعلم . ولم يتعرض ابن عبد السلام في اختصار النهاية لما أشار اليه الامام من التردد في ثبوت الخيار ، فتخلص من هذه الطرق أربعة أوجه :

(أحدها) أنه يردّها ويرد معها بدل اللبن .

(والثاني) أنه يردّها ولا يرد معها شيئا . وهذا هو الصحيح عند الرافعي وغيره . وهو الذي جزم به المصنف رحمه الله في التنبيه .

(والثالث) أنه لا يردّها ويأخذ الأرث .

(الرابع) الذي دل عليه كلام الامام أنه لا يردّها ولا شيء له ، لأنه جعل ذلك من صور الخلاف . ومراده به إلحاقه بالمرتبة المتوسطة بين المراتب الثلاث التي تقدمت الإشارة إليها ، ويأتي ذكرها ان شاء الله تعالى عند كلام المصنف رحمه الله في تجعید شعر الجارية . واذا كان كذلك فيقتضى كلام الامام المذكور اثبات وجه كما قلناه أنه لا خيار له . وكذلك يقتضيه كلام الماوردي حيث ألحق الأتان بالجارية . وحيث حكى الخلاف في سائر الحيوان مطلقا غير الأبل والبقر والغنم . كما تقدم عن البصريين والبغداديين في أن التصرية فيها عيب . أو ليست بعيب . وكلام غيره أيضا . وهذا الوجه ليس مذكورا في كلام المصنف

رحمه الله . والأوجه الثلاثة التي ذكرها المصنف ذكرها الشيخ أبو حامد
أيضا مع قوله ان لا خلاف في أنها غيب .

والوجه الرابع القائل بعدم الخيار مستمد من الوجه الذي تقدم
عن البصريين أن التصرية في ذلك ليست بعيب . فيجوزون الأوجه
الأربعة : وهي نظير الأوجه الأربعة التي ذكرها المصنف رحمه الله في
الجارية وان كانت المآخذ مختلفة . وقال ابن أبي عصرون على قول
الاصطخري بعد أن حكى كلام الأصحاب وقولهم في التفريع عليه :
انه يرد مثل بدل لبن الشاة قال : وعندى ينبغي أن يرد الأرض .
لأن لبنها لا يساوى لبن الأنعام ولا يلحق به في تقدير بدله . كما
أن جنين البهيمة لما لم يساو جنين الآدمية ضمن بها ويقضى من
قيمة الأم . وهذا الذي ذكره لو ثبت كان زائدا على الأوجه الأربعة
لكنه بعيد لأنه على القول بطهارته وجعله مما يقابل بالمعوض لا يفارق
لبن الأنعام وان كان أنقص قيمة منها فان بعض الأنعام لبنها
أنقص قيمة من بعض ، ولا اعتبار بذلك ، ويلزمه أن يقول بذلك في
الجارية ، ولم يقل به هناك ، بل قال : ان الأقيس أنه يجب رد بدله ،
والله أعلم .

(فرع) قول المصنف رحمه الله « لم يبذل الثمن إلا لتسلم نه
الأتان مع اللبن » وكذا قوله فيما تقدم في الجارية « ولم يبذل الثمن
إلا لتسلم له ما دلس به من اللبن » رأيتها مضبوطة في بعض النسخ
— بضم التاء وفتح السين وتشديد اللام المفتوحة — والأحسن
أن يقرأ — بفتح التاء واسكان السين وفتح اللام المخففة — فان البائع
سلم الأتان مع اللبن ، ولكن حصلت في ذلك السلامة للمشتري .

(فرع) جزم المصنف في التنبيه بأنه يرد الأتان ، ولا يرد
بدل اللبن وتردد في رد الجارية مع الجزم فيها بأنه لا يرد بدل
اللبن ، فأما جزمه برد الأتان وتردده في رد الجارية فلأن لبن الأتان
مقصود ولا يساويه لبن الجارية في ذلك ، وعلى قوله في المذهب :
انه لا يرد قال : انه بأخذ الأرض يكون اللبن في الأتان مقصودا فلم
بتردد قوله لا في المذهب ولا في التنبيه في أن لبن الأتان مقصود ، ولكن
امتناع رد بدله على الصحيح لأجل نجاسته وان كنا قد حكينا عن غير

المصنف رحمه الله وجهها رابعا بعدم الرد مطلقا . وذلك يلزم منه القول بأنه غير مقصود .

وأما جزمه في التنبيه بأنه لا يرد بدل لبن الأتان ، فإنه تفريع على المذهب في نجاسته ، وزعم ابن الرفعة أن ذلك سواء قلنا بنجاسته أو بطهارته كما ذهب إليه الاصطخري ، قال : وقيل على القول بطهارته يجب الصاع ، وهذا الذي قاله ابن الرفعة وإن كان الخلاف ثابتا فيه كما تقدم ، لكن لا يحسن أن نشرح به كلام التنبيه ، لأن صاحبه في المذهب جازم على قول الاصطخري : يرد بدل اللبن ، فيجب حمل كلامه في التنبيه على المذهب ، فيكون موافقا لذلك ، ليس ذلك مما اختلفت فيه الطريقتان حتى يحمل كلامه في التنبيه على طريقة وكلامه في المذهب على طريقة أخرى ، وقد تبين لك الطرق المذكورة في ذلك ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا ابتاع شاة بشرط أن تحلب كل يوم خمسة أرطال ، ففيه وجهان ، بناء على القولين فيمن باع شاة وشرط حملها (أحدهما) لا يصح ، لأنه شرط مجهول فلم يصح (والثاني) أنه يصح لأنه يعلم بالصادقة فصح شرطه ، فعلى هذا إذا لم تحلب المشروط فهو بالخيار بين الامساك والرد) .

(الشرح) هذه المسألة جزم الرافعي رحمه الله في باب البيوع المنهى عنها فيها بعدم صحة البيع ، وصرح في الروضة بأنه يبطل البيع قطعا لأن ذلك لا ينضبط فصار كما لو شرط في العبد أن يكتب كل يوم عشر ورقات ولم يتعرض الرافعي للمسألة في باب التصرية ، وابن الصباغ ذكر المسألة هنا وجزم فيها بالبطلان . وكذلك صاحب التتمة قبل هذا الباب صرح وجزم بأن العقد فاسد ، وقال مع ذلك : انه إذا شرط أنها لبون فإن كانت تدر لبنا - وإن قل - فلا خيار له ، وإن لم يكن لها لبن أصلا فله الخيار . وكذلك قال غيره ، ونقلوا عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقول بالبطلان في هذه أيضا ولو شرط أنها غزيرة اللبن فتبين غزارته فله الرد ، قاله الرويانى .

وكلتا المسألتين لا اشكال فيهما بخلاف مسألة الكتاب ، وصرح صاحب العدة بحكاية الوجهين في مسألة الكتاب كما حكاها المصنف رحمه الله حرفا بحرف ، ونقل بعض المصنفين مسألة الكتاب وحكاية الوجهين فيها عن التتمة ، ولم أرهما فيها بل الذي رأيت فيها البطلان والمصنف المذكور هو يعقوب بن أبي عصرون وذلك وهم منه ، ولعله جاء يكتب المذهب كتب التتمة .

وقال الرويانى فى البصر : لو اشترى شاة على أنها تحلب كل يوم كذا وكذا ، قال أصحابنا : لا يصح قولاً واحداً . قال : وقيل : فيه وجه أنه يصح ، وقال ابن أبى عصرون فى الانتصار : انه لا يصح البيع على أصح القولين ، فيحتمل أن يكون تابعا للمصنف فى حكاية الخلاف فى المسألة ، وأطلق القولين على الوجهين ويحتمل أن يكون عنده نقل خارج ، وممن حكى الخلاف أيضا فى هذا الباب العمرانى ، ويحتمل أن يكون تابعا للمصنف ، وكذلك حكاها فيما اذا شرط أن الشاة تضع لرأس الشهر مثلا ، والمشهور فى المسألتين القطع بالفساد ، ولم أر الخلاف الا فى كلام المصنف والرويانى وصاحب العدة أيضا .

على أن المصنف رحمه الله وحده كاف فى النقل ، فهو الثقة الأمين ، ولا يستبعد ذلك من جهة المعنى ، فان ذلك قد يعلم بالعادة فان الشاة التى خبرها البائع وجربها دائماً وهى تدر كل يوم مقدارا معلوما أو أكثر منه ، فهذا العقد الذى جرب وجوده منها فى جميع الأيام يغلب على الظن دوامه ، أما وضع الحمل لرأس الشهر المنقول عن العمرانى فذلك بعيد الا على ارادة التقريب الكثير ، نعم ههنا كلامان .

(أحدهما) أن الفرق ظاهر بين اشتراط قدر معلوم من اللبن ، واشتراط الحمل ، فان اشتراط كونها حاملا نظيره اشتراط مقدار من اللبن ، ينبغى أن يكون كاشتراط مقدار أو وصف فى الحمل ، وذلك لا يمكن تصحيحه ، لأنه لا يمكن العلم به .

واعلم أن ههنا ثلاث مراتب (احداها) يشترط مقدار أو وصف فى الحمل وهذا لا يصح قطعاً ، لأنه لا سبيل الى علمه ولا ظنه .

(الثانية) اشتراط أصل الحمل واللبن ، وهذا يصح على الأصح : لأنه معلوم موجود عليه امارات ظاهرة .

(الثالثة) اشتراط مقدار من اللبن ، فهذا قدر يقوم عليه
أمانة لعادة متقدمة ونحوها ، ومن هذا الوجه أثبت الحمل ويفارقه من
جهة أنه متعلق بأمر مستقبل يخرم كثيرا فلذلك جرى التردد فيه •

(الثانى) أن بناء المصنفين الوجهين على القولين فى اشتراط
الحبل ، يقتضى أن يكون الصحيح صحة الشرط ههنا ، لأن الشرط صحه
اشتراط الحبل ، لكن ابن أبى عصرون ممن وافق المصنف رحمه الله على
حكاية الخلاف وصحح البطلان وأكثر الأصحاب قطعوا به ، والفرق
ما قدمته وجعلته من رتبة منحلة غير رتبة أصل الحمل واللبن ، والله
أعلم •

(التفرع) اذا قلنا بالصحة فى ذلك فأخلف فله الخيار بين
الامساك والرد كما قال المصنف ، كالمصرأة ، بل أولى من حيث المعنى ،
لأن هذا بشرط صريح ، وذاك بما يقوم مقامه من التعبير ، ومقتضى
الحاقها بالمصرأة أنه ان حصل الخلف قبل الثلاث يجرى فيها الخلاف
المذكور فى المصرأة فى أنه يمتد الخيار الى ثلاثة أيام ، أو يكون على
الفور أو لا يثبت الا عند انقضاء الثلاث على الأوجه السابقة فلو ظهر
الخلف بعد الثلاث فيكون على الفور كالمصرأة ، ولا يأتى ههنا قول
أبى حامد : انه لا يثبت الخيار بعد الثلاث ، لأن هناك مأخذ أن الخيار
ثابت بالشرع ، وههنا ثابت بالشرط ، وأيضا الخيار فى التصرية خيار
عيب على قول كما تقدم ، وأما هنا فخيار خلف ليس الا •

نعم لو ظهر نقص اللبن ههنا بعد مدة فان كان ذلك بطرآن حادث
يقتضى ذلك فلا اشكال فى أنه لا يثبت الخيار ، لأن ذلك غير لازم
للباطع ، لأن سببه ما حدث فى يد المشتري ، وان لم يظهر حاله بحال
نقص اللبن عليها فيحتمل أن يقال : انه لا أثر للنقص أيضا لأنه
لما دام اللبن وثبت على مقتضى الشرط حصل الوفاء بمقتضى الشرط •
وعلم بذلك مزاج الحيوان ، والنقص بعد ذلك بمدة طويلة محمول
على تغير طرأ ، وكذلك فى المصرأة لدوام اللبن مدة ، ثم حصل نقص
لم يتبين بذلك وجود انتصرية • بل ذلك محمول على نقص حادث ،
وانما يبقى ثبوت الخيار حينئذ اذا اعترف البائع أو قامت بينة أنه
كان قد صراها وهذا الاحتمال متعين •

وأما مقدار المدة فيحتمل أن يقال : انه اذا حُبها ثلاثة أيام واللبن على حاله لم يتغير ، فتغيره بعد ذلك لا يؤثر . وتكون الثلاثة ضابطاً لذلك لاعتبار الشارع اياها في هذا الباب . ويحتمل أن لا يضبط بمدة معينة ، بل بما يظهر من شاهد الحال ودلالته على أن النقص لأمر أصلى أو طارئ . والله سبحانه أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا ابتاع جارية قد جمد شعرها ثم بان أنها سبطة ، أو سود شعرها ثم بان بياض شعرها ، أو حمر وجهها ثم بان صفرة وجهها ، ثبت له الرد لأنه تدليس بما يختلف به الثمن فثبت به الخيار كالتمرية ، وإن سبط شعرها ثم بان أنها جمدة ففيه وجهان :
(أحدهما) لا خيار له ، لأن الجمدة اكمل وأكثر ثمناً .

(والثاني) أنه يثبت له الخيار ، لأنه قد تكون السبطة أحب إليه وأحسن عنده ، وهذا لا يصح ، لأنه لا اعتبار به ، وإنما الاعتبار بما يزيد في الثمن ، والجمدة أكثر ثمناً من السبطة ، وإن ابتاع صبرة ثم بان أنها كانت على صخرة ، أو بان أن باطنها دون ظاهرها في الجودة ، ثبت له الرد لما ذكرناه من العلة في المسألة قبلها) .

(الشرح) الفصل يتضمن مسائل من التفرير الفعلى ملحقة بالمرأة : أما بلا خلاف وأما على وجه ، وقد كتبت أشرت فيما تقدم الى ذلك على ثلاث مراتب ووعدت بذكرها ههنا ، ولنجعل ذلك مقدمة على مسائل الفصل .

قال الامام : ان أئمة المذهب نصوا بأن كل تلبيس حال محل التمرية من البهيمة اذا فرض اختلاف فيه ثبت الخيار ، فلو جمد الرجل شعرا تجعيدا لا يتميز عن تجعيد الخلقة . ثم زال ذلك ثبت الخيار للمشتري ، فنزلوا انتجعيد منزلة اشتراط الجمودة . وقد ضرت في هذا مسلكا في الأساليب ، واذا جرى الحالف بشيء لا ظهور له فلا مبالاة به ، كما اذا كان على ثوب العبد نقطة من مداد فهذا

لا ينزل منزلة شرط كونه كاتباً ، ولو كان وقع المداد بحيث يعد من منزلة أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة ، فإذا أخلف الظن ففي ثبوت الخيار وجهان وإذا بنى الأمر على ظهور شيء في العادة فما تناهى ظهوره يتأصل في الباب وما لا يظهر يخرج عنه ، وما يتردد بين الطرفين يختلف الأصحاب فيه .

هذا كلام الامام ، وهو منه على المراتب الثلاث التي يثبت الخيار فيها جزماً والتي لا يثبت جزماً ، والتي يتردد فيها ، ولم يذكر المصنف المرتبة التي يجزم بعدم الخيار فيها اقتصاراً منه على ما يلحق بالتصرية جزماً أو على وجه ، إذا عرف ذلك فقد ذكر المصنف رحمه الله من المرتبة الأولى أمثلة .

(منها) إذا اشترى جارية قد جمعد شعرها ثم بان أنها سبطة اتفق الأصحاب على ثبوت الخيار قياساً على المصراة ، لأن الغرض يختلف بالجمودة والسبوبة (وأيضاً) الجمودة قيل : انها تدل على هوة الجسد والسبوبة تدل على ضعفه ، وللمسألة شرطان .

(أحدهما) أن يكون المشتري قد رأى الشعر ، فلو لم يره ففي صحة العقد وجهان (أحدهما) وبه قال الأكثرون وابن أبي هريرة : انه لا يصح ويكون كبيع الغائب (والثاني) وبه قال القفال وجماعة ، وهو الأصح عند الماوردي الصحة ، فعلى الأول لا تأتي المسألة ، وعلى الثاني إذا لم يره لا يثبت الخيار الا إذا شرط . وقد قال الشافعي رحمه الله في المختصر : ولو اشتراها جمعدة فوجدها سبطة فله الرد ، فالأكثرون حملوه على مسألة الكتاب إذا كان البائع قد جمعد شعرها بناء على الصحيح عندهم أنه لا بد من رؤية الشعر ، وعلى الوجه الثاني يحتمل ذلك ويحتمل أن يكون المراد ما إذا شرط أنها جمعدة ، وفي كلام الرافعي ما يقتضي جواز حمله على الاشتراط . وأن فرعنا على الأصح لأن التسعر قد يرى ولا يعرف جموده وسبوطه لعروض ما يستوى الحالان عنده من الابتلال وقرب العهد بالتسريح ونحوهما ، ففي كون المسألة منصوصة للشافعي لهذا الاحتمال ، وعلى كل حال لا خلاف في المذهب فيها .

قال القاضي حسين في رؤية الشعر : نشأ من اختلاف أصحابنا في قول الشافعي رحمه الله : « ولو اشتراها جمعة فوجدها سبطة فله الرد » من أصحابنا من حمّله على الشرط • ومنهم من قال : أراد اذا جعد شعرها بالتدليس •

(الشرط الثاني) ما تقدم عن الامام أن التجعيد يكون بحيث لا يتميز عن تجعيد الخلقة ، والأكثرون ساكتون عن ذلك ، ولا شك أنه اذا كان التجعيد يسيرا بحيث يظهر لغالب الناس أنه مصنوع ، فالمشترى منسوب الى تفريط ، أما اذا كان التجعيد بحيث يوهّم كونه خلقيا ، فهذا هو المثبت للخيار ، وهو مراد الأصحاب (وشرط ثالث) فيه نزاع أن يكون ذلك تجعيد البائع أو غيره باذنه فلو تجعد بنفسه جزم الفوراني في الابانة بعدم الخيار والأشبه تخريجه على ما اذا تحفلت الشاة بنفسها • وقد تقدم أن فيها خلافا ، وفي الصحيح خلاف ، والأصح عند صاحب التهذيب وقضية كلام الأكثرين ثبوته هناك كما تقدم ، فينبغي أن يكون هنا كذلك •

وكلام ابن أبي عصرون في الانتصار والمرشد يقتضى ثبوت الخيار في ذلك ، فانه قال : ان نظر الى شعرها فرآه جعدا ثم بعد ذلك بان أنه سبط ثبت له الرد ، وهذه العبارة بعمومها تشمل ما اذا تجعد بنفسه وما اذا جعده ، وكذلك عبارة الماوردي في الحاوي والفوراني أيضا في العمدة وهو الظاهر ، فانه لا فرق بين تجعد الشعر بنفسه ، وبين أن تحفل الشاة بنفسها ، ولعل الأصحاب انما لم ينصوا على ذلك مثل ما نصوا على تحفل الشاة لأن تحفل الشاة بنفسها قد يقع كثيرا • وأما تجعد الشعر بنفسه فبعيد لا يتأتى في العادة لفرض وقوعه ، فهو كحفل الشاة بنفسها ، ولعل الفوراني من القائلين بعدم ثبوت الخيار فيما اذا تحفلت الشاة بنفسها كما رأى الغزالي في الوجيز ، فيكون جزمه في تجعيد الشعر بنفسه على ذلك •

(تنبيه) المراد بالتجعيد ما يخرج الشعر عن السبوطه المكروهة عند العرب وهو ما يظهر اذا أرسل من التكسير والتقبض والالتواء ، وليس المراد أن يبلغ الجعد القطط ، فان ذلك مكروه أيضا • وأحبين

الشعر ما كان بين ذلك • وقد جاء في وصف شعر النبي صلى الله عليه وسلم « أنه كان شعرا رجلا • ليس بالجعد القطط ولا بالسبط » وفي رواية أخرى « لم يكن بالجعد القطط ولا بالسبط ، كان جعدا رجلا » وقوله « سبط » هو بفتح السين وباسكان الباء وفتحها وكسرهما أى مسترسلة الشعر من غير تقبض ، والله أعلم •

(المسألة الثانية) من أمثلة المرتبة الأولى اذا سود شعر الجارية ثم بان بياض شعرها أو حممر وجهها ثم بان صفرة وجهها ثبت الخيار بلا خلاف ، والكلام فيه كالكلام فيما اذا جعد شعرها حرفا بحرف • وقياس ما قاله الفورانى فيما اذا حصل ذلك بنفسه أن يأتى ههنا ، وتحمير الوجه والخدين يكون بالدمام وهو (الكلون) قاله القاضى أبو الطيب • وهذه اللفظة مذكورة فى المذهب فى باب الاحداد وهى بكاف مفتوحة ثم لام مشدودة مفتوحة أيضا ثم كاف ثانية مضمومة ثم واو ساكنة ثم نون • وأصله كلكون بضم الكاف وسكون اللام - و (الكل) الورد و (الكون) اللون • أى لون الورد • وهى لفظة عجمية معربة • هكذا قال النووى رحمه الله فى التهذيب • ومن مسائل هذه المرتبة اذا بياض وجهها بالطلاء ثم اسمر • قاله القاضى أبو الطيب رحمه الله • والطلاوة بياض •

وكذلك اذا صبغ الحمار حتى حسن لونه أو نفخ فيه حتى صار بالنفخ كأنه دابة سمينة ، قالهما صاحب التتمة ، أو دهن تسعر الذابة ، قاله المحاملى فى المقنع • وكذلك لو كان له رضى قليلة الماء فأراد العرض على البيع والاجارة^(١) أرسل ذلك الماء المحبوس حتى ظن المشتري أن الرضى كثيرة الماء ، شديدة الدوران ، ثم ظهر أن الماء قليل • اتفق الأصحاب عليها • وكلامهم يقتضى أن أبا حنيفة وافق عليها • كذلك اذا حبس ماء القناة ثم أطلقه عند البيع أو الاجارة ، أعنى اجارة الأرض ، فكذا اذا أرسل الزنبور فى وجه الجارية فانتفخ وظنها المشتري سمينة ثم بان خلافه ، أو لون جوهرا بلون البلخس أو العقيق أو الياقوت ، فظنه المشتري كذلك ثم بان زجاجا له قيمة بحيث يصح

(١) كذا ولعل فى العبارة حثفا يعرف من السياق تقديره : « فحبس فيها الماء ثم ... » •

بيعه صح . اتفق الأصحاب في جميع هذه المسائل على ثبوت الخيار .
لما ذكره المصنف رحمه الله .

وقوله : « بما يختلف به الثمن » يحترز به مما لا يختلف به الثمن ،
كالمسألة الثانية إذا سبطه فبان جعدا ، فإن الثمن يزيد به وما أشبهها
مما لا ينقص الثمن به ، ولو لم يخضب الثمن ولا شرط سواده ، ولكن
باعها مطلقا فوجدما المشتري بيضاء الثمن ، فسيأتي حكمه بالرد
بالعيب إن شاء الله تعالى . ولو لم يلون الجوهر وباعه مطلقا ، والمشتري
يظنه عقيقا أو فيروزجا . قال القاضي حسين : لا خيار له كما لو
اشترى بقرة وقد عظم بطنها فظنها المشتري حاملا ولم تكن فلا خيار ،
ولك أن تقول : إذا ظن المشتري من غير اعتماد على أمر صحيح
الجزم بمدم الخيار . وأما إذا عظم بطن البهيمة من غير فعل البائع ،
وقلنا بأنه لو أكثر علفها حتى صارت كذلك ثبت الخيار على وجه
سيأتي إن شاء الله تعالى . فينبغي أن يكون كما إذا تحفلت الشاة بنفسها
فيجري فيها ذلك الخلاف . وكذلك إذا تلون الجوهر من غير فعل
البائع ، ينبغي أن يجري فيه الخلاف . ويكون حكمه حكم الشاة إذا
تحفلت بنفسها ، لأن الظن فيه قوى بخلاف انتفاخ البطن .

(المرتبة الثانية) ما في ثبوت الخيار فيها خلاف ، وهو على
قسمين . منه ما مثار الخلاف فيه من ضعف الظن . ومنه ما مثار الخلاف
فيه من خروجه على أكمل مما ظنه . ولنقدم الكلام في هذا . فمن
ذلك ما ذكره المصنف رحمه الله إذا سبط شعر الجارية ثم بان أنها
جعدة الشعر : فلا شك أن الجعد أشرف ، وقد يكون السبط أشهى
إلى بعض الناس ففي المسألة طريقتان (أحدهما) ما ذكره المصنف
وارتضاه الإمام واقتصر الرافعي عليها ، أن في المسألة وجهين كالوجهين
فيما إذا اشترط أنها سبطة الثمن فبان جعدة : ففي الخيار بالخلف
في هذا الشرط الوجهان المذكوران فيما إذا شرط أنها شيب فخرجت بكرا
(أحدهما) في المسائل الثلاث أنه لا خيار ، والذي حكاه الماوردي
عن ابن سريج في شرط السبوطه .

(والطريقة الثانية) أنه لا يثبت الخيار في التدليس بالسبوطه
وجهها واحدا وإن ثبت في الخلف باشتراطها ، قال الصيدلاني : وجعل

ذلك ضابطا عاما، أن ك ما لو كان مشروطا واتصل الخلف به اقتضى خيارا . وجها واحدا ، فالتدليس الظاهر فيه كالشرط ، فإذا جعد شعر المملوك ثم بان سبطا ثبت الخيار وكل ما لو فرض مشهورا وصور الخلف فيه فكان في الخيار وجهان . فإذا فرض التدليس فيه ثم ترتب عليه خلف الظن ، قال : لا خيار وجها واحدا ، لضعف المظنون أولا وقصور الفعل في الباب عن القول . قال الامام : وهذا تحكم لا يساعد عليه . والتدليس في ظاهر الفعل كالقول في مجال الوفاق والخلاف على الاطراد والاستواء ، فإذا سبط الرجل شعر الجارية ثم بان أن شعرها جعد ففي الخيار الوجهان عندنا .

قال ابن الرفعة : ولك أن تعجب من قول الامام أن ما ذكره الصيدلاني تحكم عجبا ظاهرا من جهة أن مأخذ اثبات الخيار عند التفرير بالفعل التصرية بلا نزاع وقد حكى أن مأخذ اثبات الخيار في المصراة عند بعض الأصحاب الحاق ذلك بالعيب ، وإذا كان كذلك لم يحسن اثباته إذا خرج المبيع أجود مما رآه لأنه لا عيب ويكون حينئذ الصيدلاني في قطعه ناظرا للمعنى المذكور ، ولعله هو قائله ، فان لم يكن هو قائله استفدنا من كلامه هذا أنه موافق له .

(قلت :) وهذا ضعيف لأمرين (أحدهما) أن الصيدلاني انما علل انتفاء الخيار لضعف الظن وقصور الفعل عن القول . وهذا المعنى لا فرق فيه بين الجعودة والسجوة ، فان لم يكن الفعل والظن معتبرا في الثاني لم يكن معتبرا في الأول ، فلا يثبت الخيار في واحد منهما ، وان قيل بمساواة ذلك القول فيثبت فيهما ، وان قيل بأعتباره مع انحطاطه عن رتبة القول حتى يجرى الخلاف ، فيجب أن يكون ذلك في الصورتين . أما الحكم بثبوت الخيار في الأولى قطعا كالقول وعدمه في الثانية قطعا لا وجه له . ولو كان الصيدلاني سكت عن التعليل لأمكن تحمل ذلك وأن الخيار ثابت في الأولى بالعيب ومنتهى في الثانية لعدم العيب ، لكن كلامه ناص على أن التدليس كالشرط في الصورة الأولى ، وعلى انتفاء الثانية لضعف الظن وقصور الفعل فلا جرم قال الامام : ان ذلك تحكم .

(الثاني) أن القائلين من الأصحاب بأن اثبات الخيار في التصرية

مأخذه اللاحق بالعيب . معناه الاكتفاء في ثبوته بفوات الذى وص
المشتري نفسه عليه برؤيته للمبيع على تلك الصورة ، حتى يثبت
قيما اذا تحفلت الشاء بنفسها ومقابلة القول الذى يلحق ذلك
بختيار الخلف حتى لا يثبت الخيار ، الا اذا كان حاصل بتدليس من
البائع كما تقدم ، واذا كان كذلك أمكن أن يقول بثبوت الخيار ههنا
لأن المشتري وطن نفسه على السبوطه لما رآها ، وقد يكون له فيها
غرض ، فليس معنى الحاق ذلك بالعيب الا جعل دلالة الرؤية على هذا
الوصف كدلالة الغلبة على وصف السلامة ، فخروجها على غير الوصف
الذى رآه هو العيب ، وليس الوصف الذى رآه من السبوطه أو
كبر الضرر من غير علم بالتصريح عيبا ، والذى يقول بأن الغرض قد
يتعلق بالشعر السبط لا يمنع أن يجعل خروجه جعدا بمنزلة العيب ،
اذا كان الغرض قد تعلق بسبوطته باشتراط أو برؤية لا فرق بينهما ،
وبذلك على هذا أن الصحيح - كما تقدم - أن التصريح ملحقه
بالعيب ، كما دل عليه كلام الشافعى رضى الله عنه والعراقيين ، ولذلك
كان الصحيح ثبوت الخيار فيما اذا تحفلت بنفسها .

والطريقة الصحيحة ههنا جريان الوجهين : فلو كان المأخذ في ذلك
الحاقه بالعيب من كل وجه لقطعوا بعدم الخيار ههنا . وأما كون
الصحيح من الوجهين ههنا أنه لا خيار ، فلأن الصحيح من الوجهين
فيما اذا أخلف الشرط لصفة أكمل كذلك : والله أعلم . وبما ذكرناه يظهر
لك أن هذا القسم متفق على الحاقه بالتصريح وانما الخلاف في الرد
بحكم ذلك ، فعلى وجه يرد كما في التصريح . وعلى الصحيح لا يرد لخروجه
أكمل وهو لو شرط وصفا فخرج أكمل لم يرد على الصحيح . وبهذا
التحقيق يتعين أن يكون هذا القسم من المرتبة الأولى ولا يكون من
المرتبة المتوسطة التي تقدمت الاشارة اليها في كلام الامام ، وانما
ذكرته في المرتبة الثانية لكونه من صور الخلاف في الجملة ، نعم كلام
الميدلانى وما أشار اليه من ضعف الظن وتصوير الفعل يقتضى
التردد في الحاقه بالتصريح ، وقد تقدم ما فيه . ثم ان المصنف رحمه الله
رد الوجه الثانى بأنه لا اعتبار به أى لا اعتبار بغرض المشتري .
وانما الاعتبار بما يزيد في الثمن . لأنه المعتبر لعموم الناس . وهذا
سيأتى عثله أيضا في كلام المصنف فيما اذا شرط أنها شيب فخرجت

بكرا ، وقد حكى الروياني في البحر أنه لو صرح بإشتراط السبوة
فخرجت جمعة ، قال بعض أصحابنا يخراسان : يثبت الخيار وجهها
واحدا لأجل التصريح ، وقيل : فيه وجهان . فحصل في كل من
المسألتين طريقان (الصحيح فيهما) إجراء الوجهين وقيل في المسألة
الشرط يثبت قطعا ، وقيل في مسألة التدليس لا يثبت قطعا .

(القسم الثاني من هذه المرتبة الثانية) التي هي محل الخلاف
ما يضعف الظن فيه . والخلاف في هذا القسم في الحاقه بالتصرية
لأجل التغيرير والظن ، أولا لضعف الظن في هذا القسم وقصوره
على الشرط والظن المسند الى أمر غالب ، فمن ذلك من جهة أن هذا
يقرب استكشافه وجرت العادة به بخلاف تسويد الشعر ونحوه ،
وكذلك الخلاف في هذا القسم ، فمن ذلك لو لطح ثوب العبد بالمداد
أو البسه ثوب الكتبة والخبازين ، أو سود أنامله وخيل كونه كاتباً أو
خبازاً فبان خلافه فوجهان (أحدهما) يثبت الخيار للتبليس (وأصحهما)
عند الرافعي وغيره لا خيار وبه جزم الجرجاني ، لأن الإنسان قد
يلبس ثوب غيره عارية ، فالذنب للمشتري حيث اغتر بما ليس فيه
كثير تغيير ، وعلى هذا لو ألبسه ثوب الأتراك فظن المشتري أن
المملوك تركى وكان رومياً ، فالحكم على ما ذكرنا ، قاله صاحب
التتمة ، وكذلك لو أكثر علف البهيمة حتى انتفخ بطنها ، فتخيل المشتري
كونها هاملاً قاله الامام والمتولى قولاً عن الأصحاب والرافعي .

كذلك لو أرسل الزنبور في ضرعها حتى انتفخ ، وظنها المشتري
لبونا قاله المتولى والرافعي أيضاً ، لأن الحمل لا يكاد يلتبس على
الخبير ، ومعرفة اللبن متيسرة بعصر الثدي ، بخلاف صورة التصرية ،
وكثرة اللبن ، فانه لا سبيل الى معرفتها ، وقيل اثبات الخيار في
مسألة تحمل الحمل منسوب الى أبي حامد ، وقال ابن الرفعة :
وظاهر كلام الأصحاب في ذلك يدل على أنه مفرع على أن الحمل
في الدواب ليس بعيب كما هو أظهر الوجهين في الرافعي في كتاب الصداق
والموجود في أكثر الكتب .

أما إذا قلنا : انه عيب ، وهو ما أورده في التهذيب ، فيظهر أن
يكون الكلام فيه كالكلام فيما اذا سبط شعر الجارية ثم بان أنها جمعة ،

لأن الأغراض تختلف به وإن كان معدده وصف كمال ، وقد أسلفت ما فيه .

(قلت :) وكان مراده بذلك أن يأتي فيه على طريقة قاطعة بعدم الخيار . كما قال الصيدلاني هناك ، وانتصر له . وإن كنت قد بينت هناك ما يردده من كلام الصيدلاني أما ههنا فلا يأتي ما تقدم من الاعتراض بكلام الصيدلاني ، ولكن قد يقال : الحمل وإن كان عيبا فقد يقصده بعض العقلاء ، ويتعلق الغرض به ، ولهذا يصح اشتراطه في الجارية على الأصح ، وإن كان عيبا فيها ، ويثبت الخيار بعدمه كما قاله ابن يونس .

(والطريقة الصحيحة) اجراء القولين في اشتراط حمل الجارية . والطريقة القاطعة بالصحة فيها لأجل أن الحمل في الآدميات عيب ، وأن شرطه اعلام بالعيب ضعيف . والأصح أن الحمل في الجارية والبهيمة زيادة ونقص كما ذكره في كتاب الصداق ، فليس نقصا من كل وجه ، حتى يكون عدمه كعدم العيب ، بل عدمه يفوت به ما فيه من الزيادة . فلذلك يثبت به الخيار .

وقال ابن الرفعة في كتاب البيع : أنا إذا قلنا : انه عيب فأخلف فلا خيار له كما إذا شرط أنه سارق فخرج غير سارق . وفي كلام الرافي رضي الله عنه ما يقتضي أن هذه طريقة ليست المذهب ، ولكن مع ذلك إنما يأتي إذا قلنا الحمل عيب ونقص من كل وجه ، وهو بعيد . فإنه قد يكون مقصودا للعقلاء ويرغب فيه في بعض الأوقات لأغراض صحيحة بخلاف العيب المحض .

(المرتبة الثالثة) التي لا يثبت فيها الخيار قطعا ، وهو إذا جرى الخلف بشيء لا ظهور له ، كما إذا كان على ثوب العبد نقطة من مداد فهذا لا ينزل منزلة شرط كونه كاتباً ، هكذا ذكره الامام ، ونبه على أن محل الوجهين اللذين ذكرناهما في المرتبة الثانية ، وأما إذا كان وقع المداد بحيث يعد من مثله أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة ، وذكر الروياني فيما إذا كان على الثوب أثر مداد فظنه كاتباً طريقين :

(أحدهما) أن فيه وجها واحدا ، لأنه يحتمل أن يكون استمار ثوبا . فقد ظن في غير موضعه ، فهذا الذى قاله الرويانى يحتمل أن يكون فى المسألة من حيث الجملة ، ويحتمل أن يكون القطع فى محل ، والخلاف فى مثل آخر على ما تقدم ، ويحتمل أن يكون الطريقتان فى هذه المرتبة الأخيرة (والأفقه) التفصيل المتقدم ولم يذكر المصنف رحمه الله هذه المرتبة الأخيرة ولا شيئا من أمثلة القسم الثانى من المرتبة الثانية ، وإنما ذكر مسألة سبوطه الشعر وقد نهت على أنها - وإن كان فيها خلاف فى الرد - فليس ذلك اختلاف فى الحاقه بالمصراة ، بل لأجل خروجها على الوصف الأكمل .

فينبغى أن يحمل كلام المصنف رحمه الله على أنه لم يرد الا ذكر المصراة وما يلحق بها ، ولذلك ذكر بعده مسألة هى من المرتبة الأولى التى لا خلاف فى ثبوت الخيار فيها ، وهى اذا اشترى صبرة ثم بان أنها على صخرة ، أو بان أن باطنها دون ظاهرها فى الجودة ، أى وإن كان الكل جيدا لا عيب فيه ، فأما مسألة الصبرة اذا بان أنها على صخرة وكان المشتري عند العقد يظن أنها على استواء الأرض ، فهل يتبين بطلان العقد ؟ وفيه وجهان (أحدهما) لا ، ولكن للمشتري الخيار كما ذكره المصنف رحمه الله تنزيلا لما ظهر فى منزلة العيب والتدليس ، وهو الذى نص عليه الشافعى فى باب السنة فى الخيار فى الجزء السابع من الأم .

قال الرافعى رضى الله عنه : وهذا ما أورده صاحب الشامل وغيره (قلت) ومن جزم به الماوردى فى باب الشرط الذى يفسد البيع ، والقاضى أبو الطيب قبل باب بيع المصراة .

(والثانى) وبه قال الشيخ أبو محمد يتبين بطلان العقد ، لأننا بنينا بالآخرة أن العيان لم يفسد علما ، هذا اذا ظنها بمستوية الأرض ، أما لو علم بالحال فثلاثة طرق (أحصاها) أن فى صحة البيع قولى بيع الغائب (والثانى) القطع بالصحة (والثالث) القطع بالبطلان ، وهو ضعيف ، وإن كان منسوبا الى بعض المحققين .

(فإن قلنا :) بالصحة فوقت الخيار هنا معرفة مقدار الصبرة أوالتمكن من تخمينه برؤية ما تحتها ، والوجهان فى حالة الظن

الاستواء مفرعان على القول بالبطلان ههنا ، وأما اذا بان أن باطنها دون ظاهرها في الجودة ، فالتنبيس حاصل كمسألة المصراة ، وتجميع الشعر ، وشبهها من المسائل المجزوم بثبوت الخيار فيها ولم أرها في غير كلام المصنف رحمه الله ، أتبعه ابن أبي عصرون في الانتصار والمرشد ، وانما المشهور في كلام الأصحاب اذا وجد باطنها عفنا أو نديا أو معيبا ، أما اذا وجده دون ظاهرها في الجودة مع كونه غير معيب فقل من تعرض له ، لكن في كلام الشيخ ما يحتمله ، فانه قال في باب الشرط الذي يفسد البيع : ان نقلها فوجد أرضها مستوية وباطن الطعام كظاهره فالبيع لازم ، وان كانت على دكة أو خرج الطعام متغيرا كان له الخيار ، لأنه تدليس ، فهذا الكلام يمكن أن يؤخذ منه ما ذكره المصنف ، وبالجمله فالحكم فيه واضح للتدليس ، وهذا فرع عن القول بصحة البيع .

وقد قال الامام عند الكلام في بيع الغائب : ولو كان باطن الصبرة يخالف ظاهرها فحفظي عن الامام أن ذلك بيع غائب ، وفيه احتمال ظاهر عندي ، وانما أخر المصنف هذه المسألة بعد مسألة تسبيط الشعر المختلف فيها حتى يجعل تسبيط الشعر بعد تجميعه ، والخلاف فيها لغير الحاقها بالمصراة كما تقدم التنبية عليه ، والله تعالى أعلم .

وقد يقال : ان العلم بباطن الصبرة مما يسهل استكشافه بادخال يده فيها ونحوه فهلا كان ذلك كعلف البهيمة وارسال الزنبور وأخواتها ؟ وقد تقدم أن الأصح عدم ثبوت الخيار فيها لسهولة الاستكشاف .

(والجواب) أن الاستدلال بظاهر الصبرة على باطنها أمر معتاد ، لا ينسب صاحبه الى تفريط ويشق تقليب الصبرة بكمالها ، وأما انتفاخ بطن البهيمة وضرعها وأخواتها فلا يدل دلالة واضحة على الحمل واللبن ، والمكتفى بدلالة ذلك على الحمل واللبن ، ودلالة تلطخ الثوب بالمسداد على الكتابة منسوب الى تفريط ، وقد نص الشافعي رحمه الله فيما نقله أحمد بن بشرى على أنه ان خلط حنطة بشمير ثم جعل أعلاها حنطة لم يجز ، وان خلطهما أو حنطتين احدهما أرفع فلا بأس ببيعها اذا كان ظاهره وباطنه واحدا فالتقيد بذلك دليل

على أنه إذا جعل ظاهرها أجود يثبت الخيار ، لأنه جعله من الغش المحرم ، والغش المحرم يثبت الخيار .

(فروع) إذا أسلم اليه في جارية جعدة فسلم اليه جعدة فلا خيار له على أصح الوجهين ، قاله القاضي أبو الطيب .

اشترى جارية على أن شعرها أبيض فكان أسود ، ففى الرد وجهان في الحاوى وغيره . قال في المجرد من تعليق أبي حامد وغيره : الصحيح أنه لا يرد ، وقياسه أن يأتى الوجهان فيما إذا شاهد شعرها أبيض فبان أسود كما في السبوبة ، وكذلك في البصر . لكنه في نسخة سقيمة لم أثق بها الخيار في تلقى الركبان مستنده التفرير كالتصرية ، وكذا خيار النجش أن أثبتاه . ومن التدليس الذى لا يثبت به خيار أن يقول كاذبا طلب هذا الشيء منى بكذا ، أو اشتريته بكذا ، فإن المشتري يغتر بما يقوله ويزيد في الثمن بسببه ، قاله القاضي حسين وغيره ، والله تعالى أعلم .

(فرع) غير المصراة إذا حلب لبنها ثم ردها بعيب ، ذكر العراقيون هذا الفرع في مناظرة جرت بين الشافعى ومحمد ابن الحسن بعضهم عن الاملاء وبعضهم عن القديم قال الشافعى : قال لى محمد بن الحسن : فما تقولون فيما إذا اشترى ثاة ليست بمصراة ولكن فيها لبن فحلبها زمانا ثم وجد بها عيبا أله الرد ؟ .

(قلت :) نعم فقال : إذا رد أبرد شيئا لأجل اللبن ؟ .

(قلت :) لا ، هكذا نقل الشيخ أبو حامد هذه المناظرة قال : والفصل بينهما أن لبن المصراة متحقق فوجوده حالة العقد يتقسط عليه بعض الثمن فوجب رد قيمته على البائع عند تلفه وغير المصراة لا يتحقق وجود لبنها حالة العقد ، فلم يتقسط عليه شىء من الثمن فلم يجب رد قيمته .

واعترض الامام على ذلك بأننا اذا كنا نردد القول في أن الحمل هل يعلم ؟ فاللبن معلوم في الضرع ، قال : وكيف لا ؟ وقد تتكامل الدرة . ويأخذ الضرع في التقطير ، ولكن الوجه أن نجعل اللبن كالحمل في مقابله بقسط من الثمن (فان قلنا) لا يقابل بقسط ، فالجواب

ما حكوه (وان قلنا) يقابل ، فالوجه أن يرد بسبب اللبن شيئا ،
وجزم صاحب التهذيب بأنه يرد معها صاعا من تمر • وحكى
الرافعي ما قاله صاحب التهذيب ، وما حكاه أبو حامد عن النص ، وما
رواه الامام عن التخريج على أنه هل يأخذ قسطا من الثمن ؟
قال : والصحيح الأخذ ، وذلك اشارة الى ترجيح طريقة الامام أو
طريقة صاحب التهذيب على الطريقة المحكية عن النص ، وأن الأصح
أنه يرد بدل اللبن •

وقال الماوردي : ان له الرد وعليه رد بدل اللبن ، ولكن لا يلزمه
رد صاع لأن الصاع عوض لبن التصرية ، فان اتفقا على قدره
فذاك ، والا فالقول قول المشتري ، فهذه أربع طرق ، وفي تعليق أبي على
الطبري عن ابن أبي هريرة أنه يردها قولاً واحداً ، ويورد معها صاعا
من تمر على أصح الوجهين ، وفي هذا موافقة لصاحب التهذيب ،
وفي تعليق الشيخ أبي حامد التي بخط سليم ، وتعليق القاضي أبي الطيب
وغيرهما تفصيل لأبد منه ، وهو أنه اذا لم يمكن هناك رد اللبن المطلوب
ولا رد شيء لأجله ، لأن اللبن لم يكن موجودا في حالة العقد وانما
حدث في ملكه وان كان ينتج في تلك الحالة شيء فذلك يسير لا حكم
له ، وما حدث في ملكه لا يمنعه من الرد ولا يوجب عليه بدلا كغلة
العبد ، فهذا القسم لا يمكن الخلاف فيه ، لأنه ليس عند العقد لبن
يقابل بقسط من الثمن ، فايجاب البديل لا يدل عليه معنى ولا يفيد أن
في ضرعها لبن^(١) مجتمع لبن العادة لا لبن التصرية ، فحلها ثم علم
بها عيبا ، فان كان اللبن تالفا فلا رد ، لأنه تناوله لاستعلام العيب ،
فلا يمكن له رد بعض المبيع •

ونقل القاضي أبو الطيب أن من أصحابنا من قال : له رد الشاة
ولا يرد بدل اللبن ، وأنه نص عليه في القديم ، لأن لبن غير التصرية
يسير ، قال أبو الطيب والشاشي : والأول أقيس ، واذا ضمنت

(١) لبن هنا اسم ل (أن) بدون تنوين لأنه مضاف والمضاف اليه مجتمع
الذي أضيف اليه لبن العادة فهنا فتالي اضافات فانتبه •

(المطعمي)

ما ذكره الرافعي والماوردي الى ما اختاره هو لاجتماع في المسألة في هذا القسم خمس طرق :

(أحدها) امتناع الرد • وهو اختيار الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب ومن وافقهما •

(والثاني) الرد فلا يرد بدل اللبن شيئاً ، وهو المحكى عن نصه في القديم • والرافعي نقله عن حكاية أبي حامد ، ولم أره في تعليقه في هذا القسم صريحاً ، وإنما ذكره مطلقاً • وأما أبو الطيب فإنه صرح به في هذا القسم كما ذكرت •

(الطريق الثالث) قول صاحب التهذيب : انه يردّها ويرد صاعاً من تمر •

(الرابع) قول الماوردي : انه يرد بدل اللبن ولا يرد الصاع •

(الخامس) قول الامام التخريج على مقابلته بالقسط والأصح المقابلة ، فيلزم رد بدله ، لكن ماذا يرد هل هو التمر ؟ كما قال صاحب التهذيب أو غيره ؟ كما قال الماوردي ، لم يصرح الامام في ذلك بشيء •

وان كان اللبن باقياً فعند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب ومن وافقهما ينبني على الوجهين المتقدمين ، فيما لو كان اللبن باقياً وطلب المشتري رده مع المصراة (ان قلنا) يرد رده ووردها بالعيب (وان قلنا) لا يرد يرجع بالأرث ولم يتعرض الرافعي رحمه الله وصاحب التهذيب والامام والماوردي لحالة بقاء اللبن بخصوصها ، والظاهر أن صاحب التهذيب القائل : يرد به الصاع التمر • لا يفترق الحال عنده بين بقاء اللبن وتلفه كالمصراة على المذهب ، والماوردي يحتمل أن يكون كذلك ، وهو الظاهر لتعذر العلم بمقدار اللبن ، الا أن يتفقا على رده ، وقول الامام محتمل لكلام صاحب التهذيب وكلام الماوردي كما تقدم ، فعلى هذا يأتي في حالة بقاء اللبن أيضاً ست طرق : امتناع الرد أو الرد ، ولا يرد معها شيئاً ، والرد مع رد اللبن ، أو الرد مع رد التمر ، أو الرد مع رد البدل غير التمر ، أو التخريج على المقابلة بالقسط •

وفي هذه المسألة اذا قلنا برد الشاة مع اللبن عند مقابلة شيء ليس في مسألة المصراة على ذلك القول ، وهو أنا هناك نقول له أن يرد ويجبر البائع على القبول وللمشتري مع ذلك أن لا يرد اللبن ويرد الشاة وحدها مع التمر • وأما هنا على هذا القول فانا نقول : اما أن يرد اللبن والشاة ، واما أن لا يرد شيئاً ، ولا نقول ان له رد التمر ، لأنه لو كان تالفا لم يرد التمر ، وانما يمتنع ، فكذلك اذا كان باقيا ، واللبن عند هؤلاء لعين أخرى ورد عليها العقد في غير التصرية ، والله أعلم •

(تنبيه) اعلم أن كل من قال بالرد ورد شيء بدل اللبن يقول بأن اللبن يقابله قسط من الثمن ، ومن يقول بأنه لا يرد أصلاً يقول بأنه مقابل بالقسط ، فيشبه أن تكون اطلاقاتهم مخرجة على ذلك ، لا أن تكون طريقة مخالفة ، وحينئذ تعود الطريق الى القسم الأول الى أربعة في الثاني الى خمسة ، وانما ذكرت طريقة الامام معهم لمغايرتها في ظاهر العبارة ، والله أعلم •

واذا وقفت على ما تقدم علمت أن الذي ينبغي أن يكون هو الصحيح أحد قولين ، اما امتناع الرد في القسم الأول كما اختاره الشيخ أبو حامد ، وقال القاضي أبو الطيب : انه الأقيس ، وذلك لأن الصحيح أن اللبن يقابله قسط من الثمن ، فليس له أن يرد من غير رد بدله ولا مع بدله ، لما فيه من تفريق الصفقة ، ورد الشاة بعد تعييبها بما ليس من ضرورة الوقوف على العيب ، ولأن الصاع الذي جعل بدلا عن اللبن ورد في المصراة على خلاف القياس فلا يقاس غيره عليه ، وكذلك في القسم الثاني ، لأنهم بنوه على الوجهين السابقين في رد لبن المصراة عند بقاءه ، والصحيح هناك أنه لا يجب على البائع قبوله ، ومقتضى البناء أن يكون الصحيح هنا أنه لا يرد ويأخذ الأرش ، وأخذ الأرش في القسمين اذا قلنا بامتناع الرد ، سواء كان اللبن باقيا أو تالفا ، وان سكتوا عنه فالصحيح حينئذ امتناع الرد مطلقا في القسمين •

وأما قول صاحب التهذيب انه يردها وصاعا من تمر مطلقا في القسمين ففيه بعد • فإن في الحديث الوارد في المصراة ان صح قياس

هذه عليه وجب أن يرد التمر كما قال صاحب التهذيب ، وإن لم يصح قياسها على المصرة وجب أن يجزى فيها على حكم القياس • فبمقتضى الرد كما قاله أبو الطيب ومن وافقه فيقول : الماوردي مخالف للأمرين جميعا • فأصح الأقوال وأحسنها أحد القولين ، أما قول أبي الطيب ومن وافقه ، وأما قول صاحب التهذيب • وفي كل منهما مرجح •

أما قول صاحب التهذيب فلأنه لما علم من الشارح في المصرة أن بدل اللبن صاع من تمر وجب أن يكون ذلك بدلا له في المصرة في غيرها ، لاسيما والمعنى الذى ثبت لأجله من قطع التنازع موجود هنا • فثبتت بالقياس على المصرة ، وأما قول الشيخ أبي حامد وأبي الطيب ومن وافقهما فيرجحه الجريان على القياس الكلى في غير المصرة ، وقصر الحكم الوارد في الحديث على محل النص • لكونه مخالفا للقياس فلا يتعدى به محله ، والمختارون لهذا القول من العراقيين أكثر • وقال صاحب العدة : أنه ظاهر المذهب ، وعندى في الترجيح بين القولين نظير ، أن قوى القياس على المصرة يترجح قول صاحب التهذيب ، والا يرجح قول أبي الطيب ، وهو ومن وافقه يجيبون عن القياس على المصرة بأن المصرة حلبها لاستعلام العيب بخلاف هذه • والقلب الى ما قاله هؤلاء أميل منه الى ما قاله صاحب التهذيب • والعجب أن الرافعى لم يتعرض لهذا ولا حكاه • هذا إذا كان عند العقيد لبن موجود له قيمة • فإن لم يكن كذلك جاز رد الثأرة وحدها كما تقدم ذلك مما لا نزاع فيه •

واعلم أن إطلاق النص يقتضى أيضا مخالفة قول الأكثرين • وقول صاحب التهذيب وقول الماوردي وأنه يردّها ولا يرد معها شيئا ، فاما أن يكون ذلك من الأقوال القديمة كما اقتضاه نقلهم له عن القديم ، وأما أن يكون محمولا على ما إذا كان لبن يسير • أما اللبن الكثير فهو مقابل بقسط من الثمن على ما صرح به الشافعى رضى الله عنه في الأم وحكيناه في غير موضع ، فلا يمكن القول بالرد بدون رد بدله ، والله أعلم • الا إذا قلنا بأنه لا يقابل بقسط من الثمن •

ويحتمل أن يحمل قول الشافعى رضى الله عنه : لا يرد شيئا لأجل

اللبن . أى اللبن الحادث ، غان فى نصه الذى حكاه ابن بشرى قال :
« وإذا اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها شهرا أو أكثر ثم ظهر على
عيب دلس له فيها ردها ولم يرد معها شيئا » وقوة هذا الكلام
تشير الى أنه لا يرد معها شيئا عن ذلك الذى احتلبه طول الشهر ،
وصاحب التهذيب فيما قاله فى هذه المسألة تابع للقاضى حسين فانه
سئل عنها فقال : ينبغى أن يرد معها صاعا من تمر ، والله أعلم .

(فرع) إذا كانت الشاة غير مصراة وشككتا هل كان فى
زرعها حين البيع لبن له قيمة أو لا ؟ لم يرد معها شيئا . وعليه
يحمل قول الشيخ أبى حامد ومن وافقه فيما تقدم أن غير المصراة
لا يتحقق وجود لبنها حالة العقد فلم يتقسط عليه الثمن فلم يجب
رد قيمته . والله أعلم .

(فرع) الكلام الى هنا فى بيع المصراة ، ومن الفصل الذى
بعده فى الرد بالعيب والمزنى فى المختصر ، وأكثر الأصحاب جعلوا
ذلك بابين ، فترجموا الأول بباب بيع المصراة ، وترجموا الثانى بباب
الخراج بالضمان والرد بالعيوب . والمصنف رحمه الله جعل ذلك بابا
واحدا لاشتراكهما فهما نبهت عليه أول الباب ، والله سبحانه وتعالى
أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن ملك عيبا وعلم بها عيبا لم يجز أن يبيعها حتى
يبين عيبها . لما روى عقبة بن عامر رضى الله عنه قال : سمعت
النبي صلى الله عليه وسلم يقول : « المسلم أخو المسلم ، فلا
يحل لمسلم باع من أخيه بيعا يعلم فيه عيبا الا بينه له »
فان علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه لما روى
أبو سباع قال : « اشترت ناقة من دار وائلة بن الأسقع فلما خرجت
بها أدركنا عقبة بن عامر فقال : هل بين لك ما فيها ؟ قلت : وما فيها ؟
انها لسمية ظاهرة الصحة . فقال : أردت بها سفرا أم أردت
بها لحما ؟ قلت : أردت عليها الحج قال : ان بخفها نقبا . قال
صاحبها : أصلحك الله ما تريد الى هذا تفسد على ؟ !! قال : انى
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يحل لأحد يبيع

شيئا الا بين ما فيه ، ولا يحل لمن يعلم ذلك الا بينه » فان باع ولم يبين الصيب صح البيع • لأن النبي صلى الله عليه وسلم صحح البيع في المرأة مع التدليس بالتصرية) •

(الشرح) حديث عقبة بن عامر هذا رواه ابن ماجه وأخرجه الحاكم في المستدرک وقال : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه • فأما حكمه بصحته فصحيح ، لأن رواته كلهم ثقات من رجال الصحيح ولا يظهر فيه علة مانعة ، وأما قوله انه على شرط الشيخين ففيه نظر ، لأن في رواته يحيى بن أيوب وهو الغافق ، وشيخ شيخه عبد الرحمن بن شماسه وكلاهما لم يرو عنه البخاري ، وإنما هما من أفراد مسلم •

وللحاكم شيء كثير مثل هذا ، وذلك محمول منه - والله أعلم - على أن الرجال المذكورين في اسناد هذا الحديث لا تقصر رتبتهم عن الرجال الذين اتفق الشيوخ عليهم واثبات ذلك صعب ، فانه يتوقف على سير جميع أحوال هؤلاء وهؤلاء ، والموازنة بينهما ، وان تأتى ذلك في النادر فانه يصنع في الأكثر ، ولعل عند البخاري شيئا من حال الشخص الذى لم يخرج له لا نطلع نحن عليه ، فدعوى أنه على شرطه فيها ما علمت • نعم هذا الحديث على شرط مسلم لأن الرجلين المذكورين أخرج لهما مسلم والباقيين متفق عليهم •

وقد ذكر البخاري في جامعه الصحيح هذا الحديث من كلام عقبة بن عامر فقال في (باب اذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا • وقال عقبة بن عامر : « لا يحل لامرئ يبيع سلعة يعلم بها داء الا أخبره ») أورده هكذا معلقا ، وذلك لا يقدر في رواية من رواه مرفوعا ، وعقبة أفتى بذلك بمقتضى الحديث الذى سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم •

(واعلم) أن في لفظ الحديث في رواية كل من ابن ماجه والحاكم مخالفة يسيرة في اللفظ لما ذكره المصنف رحمه الله في الكتاب ، فان لفظ ابن ماجه « المسلم أخو المسلم ، ولا يحل لمسلم باع لأخيه بيما فيه عيب الا بينه له » ولفظ الحاكم كذلك ، وكذلك البيهقي عنه « المسلم

أخو المسلم ، ولا يحل لمسلم ان باع من أخيه بيعا فيه عيب أن لا يبينه له » وليس في شيء من الروايتين التقييد بالعلم كما في كلام المصنف رحمه الله ، وان كان العلم لابد منه في التكليف ، ولكن ترك ذكره كما في الرواية أبلغ من الزجر عن ذلك ، وأدعى الى الاحتياط والاحتراز ، فانه قد يكون بالمبيع عيب لا يعلمه البائع ، ولكنه متمكن من الاطلاع عليه ، ولو بحث عنه واستكشفه لعلمه ، فاهماله لذلك وتركه الاستكشاف مع تجويزه له تفريط منه لا يمنع تعرضه للآثم بسببه ، نعم التقييد بالعلم مذكور في الأثر الذي ذكره البخاري من كلام عقبة ، وبقيّة المخالفة في اللفظ يسيرة لا يتعلق بها معنى ، وكل الألفاظ المذكورة تدل على أن الذي لا يحل هو الكتمان لا البيع ومعرفة هذا هنا نافعة في صحة البيع كما سيأتى ان شاء الله تعالى في آخر الفصل .

وروى هذا الحديث عقبة بن عامر بن عباس — بباء موحدة من تحت ساكنة — الجهني ، وفي نسبه وكنيته اختلاف كثير ، والأصح في كنيته أبو حماد سكن مصر وكان واليا عليها ، وتوفي بها في آخر خلافة معاوية ، ورى عنه جماعة من الصحابة وخلق من التابعين ، وسند هذا الحديث من يحيى بن أيوب اليه ، وهم أربعة كلهم مصريون ، وقبر عقبة معروف مشهور بالقرافة .

وحديث وائلة بن الأسقع الذي ذكره المصنف رحمه الله أخرجه الحاكم في المستدرک من طريق أبي سباع المذكور ، وقال : هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه ، وفي حكمه بصحته نظر فانه من رواية أبي جعفر الرازي عن يزيد بن أبي مالك عن أبي السباع ، وأبو جعفر الرازي وهو عيسى بن عبد الله بن ماهان التميمي ، وثقه يحيى بن معين وأبو حاتم الرازي وتكلم فيه جماعة ، قال الفلاس : سئء الحفظ ، وقال أبو زرعة الرازي : يهم كثيرا وقال أحمد : ليس بقوى وقال مرة : مضطرب الحديث وقال مرة : صالح الحديث وعن الساجي أنه قال : صدوق ليس بمتقن وقال ابن حبان : كان ممن ينفرد بالناكير عن المشاهير ، لا يعجبني الاحتجاج بخبره الا فيما يوافق الثقات ولا يجوز الاعتبار بروايته فيما يخالف الأثبات .

وأما يزيد بن أبي مالك فقال يعقوب الفسوي : في حديثه لين وابنه خالد ، هذا ما قاله الفسوي ، وقال أبو حامد : من فقهاء الثمام وهو ثقة ، وسئل أبو زرعة عنه فأثنى عليه خيرا ، وهو يزيد ابن عبد الرحمن بن أبي مالك ، وقد روى عنه وأثله نفسه ، وما قاله أبو حاتم وأبو زرعة فيه أولى مما قاله الفسوي .

وأما أبو سباع فشامى تابعى لم أعلم من حاله غير ذلك ، وواثلة ابن الأسقع الراوى لهذا الحديث من الصحابة المشهورين وهو من بنى ليث بن بكر بن عبد مناف بن كنانة ، واختلف في نسبه الى ليث ، ولا خلاف أنه من بنى ليث ، أسلم والنبي صلى الله عليه وسلم يتجهز الى تبوك ويقال انه خدم النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث سنين ، وعلى هذا يكون اسلامه قبل تبوك ان كان المراد ثلاث سنين كوامل ، وكان من أهل الصفة سكن الثمام بقرية يقال لها البلاط على ثلاثة فراسخ من دمشق ، وشهد المغازي بدمشق وحمص ، ثم تحول الى بيت المقدس ومات بها ، وهو ابن مائة سنة .

وقال ابن معين : توفي سنة ثلاث وثمانين وهو ابن مائة وخمس سنين ، كذا قال البخارى في التاريخ الكبير ، ورواه في الصغير عن ابن عياش ، وهو اسماعيل عن سعيد بن خالد ، وقيل : بل توفي بدمشق في آخر خلافة عبد الملك سنة خمس أو ست وثمانين .

قال أبو مسهر : ويحيى بن بكير : مات سنة خمس وثمانين وهو ابن ثمان وتسعين سنة يكنى أبا الأسقع ، وقيل : أبو محمد ، وقيل : أبو قرصافة ، وهذا القول الثالث في كنيته قال البخارى : انه وهم وقيل : أبو الخطاب نقله البغوى في معجمه والصحيح في نسبه وأثله بن الأسقع بن عبد العزى بن عبد ياليل بن ناثب ابن غيرة بن سعد بن ليث بن بكر والأسقع بقاف وغيره — بغين معجمة مكسورة وياء مثناة من تحت مفتوحة — ومن فضائله ما ذكره البخارى في تاريخه عنه قال : لما نزلت «**أنا يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت**» (١) فقال : وأنا من أهلك ؟ فقال : وأنت من أهلى ،

(١) الأحزاب : ٣٣ .

قال : فهذا أرجا ما أرتجى ، وأكثر الناس يقولون فيه : وائلة
ابن الأسقع ، وروى عن مكحول قال هو وائلة بن عبد الله بن الأسقع •

وأبو السباع شامي تابعي ذكره الحاكم أبو أحمد وابن عساكر
من طريقه ولم يزد على ذلك ، وروى البيهقي هذا الحديث في السنن
الكبير عن الحاكم وأبى بكر المخزومي معا بذلك الاسناد ، ولفظ
الحديث في المستدرک وسنن البيهقي كما ذكره المصنف رحمه الله
الا شيئا يسيرا فيه « فلما خرجت بها أدركتني وائلة ، وهو يجبر
رداءه فقال : يا عبد الله اشتريت ؟ قلت : نعم قال : بين لك ما فيها ؟ »
والباقي سواء في المعنى وهذان الحديثان اللذان ذكرهما المصنف رحمه
الله عن عقبة ووائلته متفقان على تحريم كتمان البائع العيب • ويزيد
حديث وائلة بتحريم ذلك على غير البائع أيضا اذا علمه ، وقد
وردت أحاديث في المعنى غير ما ذكره المصنف منها عن أبى هريرة أن
النبي صلى الله عليه وسلم « مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها
فنالت أصابعه بلالا فقال : ما هذا يا صاحب الطعام ؟ قال : أصابته
السماء يا رسول الله • قال : أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه
الناس ؟ من غش فليس مني » رواه مسلم في أول كتابه الصحيح
وأصحاب السنن •

وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم « مر
برجل يبيع طعاما فقال : كيف تبيع ؟ فأخبره فأوحى الله اليه أن أدخل
يدك فيه فأدخل يده فاذا هو مبلول ، فقال له رسول الله صلى الله
عليه وسلم : ليس منا من غش » رواه البيهقي • وعن العداء : — بفتح
العين وتشديد الدال المهملة وبعدها ألف ممدودة — ابن خالد قال :
كتب الى النبي صلى الله عليه وسلم « هذا ما اشتري محمد رسول
الله من العداء بن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا
غائلة » رواه البخاري تعليقا ، فقال : ويذكر عن العداء بن خالد •

وقال قتادة : الغائلة الزنا والسرقة والاباق — وهكذا هو في
البخاري : « اشتري محمد رسول الله من العداء بن خالد » والخبثة
ما كان غير طيب الكسب . وسأل الأصمعي سعيد بن أبى عروبة عنها فقال :
بيع أهل عهد المسلمين ، والأول أصح ، وهى — بكسر الخاء

وسكون الباء الموحدة وبالثاء المثلثة — فكأنه يقول : لا مرض ولا حرام ولا شيء يفعله أى بملكه من اباق وغيره .

ورواه الترمذي وابن ماجه متصلا كلاهما عن محمد بن بشار عن عباد بن الليث عن عبد المجيد بن وهب قال : قال لى المدا ابن خالد بن هوذة : « ألا أقرؤك كتابا كتبه لى رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قلت : بلى فأخرج لى كتابا : هذا ما اشترى المدا ابن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبدا أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم » قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب ، وعن مكحول وسليمان بن موسى كليهما عن وائلة بن الأسقع قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من باع عبدا ولم يبينه لم يزل فى مقت الله ولم تزل الملائكة تلغنه » رواه ابن ماجه .

وعن عمير بن سعيد عن عمه وهو الحارث بن سويد النخعي قال : « خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم الى البقيع فرأى طعاما يباع فى غرائر فأدخل يده فأخرج شيئا كرهه فقال : من غشنا فليس منا » قال الحاكم فى المستدرک : هذا حديث صحيح .

وعن أبى الحمراء قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بجنابات رجل عنده طعام فى وعاء فأدخل يده فيه فقال : لعلك غششت : من غشنا فليس منا » رواه ابن ماجه ، والأحاديث فى تحريم الغش ووجوب النصيحة كثيرة جدا ، وحكمها معلوم من الشريعة ، وكتمان العيب غش ، وفى حديث حكيم بن حزام الثابت فى الصحيحين عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فان صدقا وبينا بورك لهما فى بيعهما ، وان كذبا وكتما محقت بركة بيعهما » .

وعن تميم الدارى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الدين النصحية » وعن جرير رضى الله عنه قال : « بايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم على اقامة الصلاة وايتاء الزكاة والنصح لكل مسلم » رواهما مسلم .

(أما اللغة) فالعيب ، قال الجوهري : العيب والعيبة والعاب بمعنى واحد تقول عاب المتاع اذا صار ذا عيب ، وعيبته أنا يتمدى ولا يتمدى فهو معيب ومعيوب أيضا على الأصل فيقول : ما فيه معابة ومعاب أى عيب ، والمعاب العيوب ، وعيبه نسبه الى العيب ، [وعيبه] (١) جعله ذا عيب وتعيبه مثله •

وقال ابن فارس : العيب فى الشئ معروف وقد قسم أصحابنا العيب وأوضحوه وبينوه بيانا شافيا ، وسأذكر ذلك ان شاء الله تعالى عند قول المصنف : والعيب الذى يرد به المبيع ما يعده الناس عيبا •

والنقب — بفتح النون والقاف وبعدها باء موحدة ، وهو مصدر نقب بكسر القاف ينقب بفتحها — يقال : نقب خف البعير اذا رق وحفى ونقب الخف اذا تخرق ، ويقال نقب البيطار — بفتح القاف — سرة الدابة ليخرج منها ماء ، وتلك الحديدة منقب ، وذلك المكان منقب ، وقوله بخفها قال أهل اللغة : الخف للبعير والحافر للفرس والبغل والحصار ، وما ليس بمنشق القائم من الدواب ، والظلف للبقر والغنم والظباء ، وكل حافر منشق منقسم •

والتدليس المراد به اخفاء العيب مأخوذ من الدلسة وهى الظلمة ، وقال الأزهري : التدليس أن يكون بالسلعة عيب باطن ولا يخبر البائع المشتري بذلك العيب الباطن ويكتمه اياه ، فاذا كتم البائع العيب ولم يخبر به فقد دلس ، ويقال فلان لا يدلس ولا يواكس أى لا يخادع ، وما فى فلان دلس ولا وكس ، أى ما فيه خبث ولا مكر ولا خيانة • هذا من كلام الأزهري رحمه الله •

(أما الأحكام) فقد تضمن الفصل ثلاث مسائل : الأولى أن من ملك عينا وعلم بها عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها ، وهذا الحكم متفق عليه للنصوص المتقدمة لا خلاف فيه بين العلماء ، قال الشافعى رحمه الله فى آخر باب الخراج بالضمان من المختصر : « وحرام التدليس • وكذلك جميع الأصحاب » •

(١) بفتح العين وتشديد الياء المثناة مع الفتح •

وأما ما قاله الجرجاني في الشافعي والمحاملي في المتن أنه إذا كان مع الرجل سلعة وبها عيب يعلمه وأراد بيعها ، استحب له إظهاره ، فعبرة رديئة موهمة . وأن ذلك غير واجب ، وذلك لا يقوله أحد له علم ، وتقيد المصنف رحمه الله بالعلم قد تقدم شيء من الكلام فيه . وإن نص الحديث مطلق بخلاف ما أورده المصنف رضي الله عنه في التنبيه . ومن علم بالسلعة عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها ، وذلك يشمل المالك والوكيل والولى . وعبارته هنا مختصة بالمالك ، لكن الوكيل والولى يندرج في قوله هنا : وإن علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ، وقول المصنف رحمه الله في الكتابين جميعا يدل على أن البيع عند كتمان العيب محرم . وعبرة الشافعي في قوله : وحرام التدليس . وكذلك عبارة كثير من الأصحاب تدل على حرمة كتمان العيب ووجوب بيانه ، ولم يتعرض للبيع ، وكذلك ألفاظ الأحاديث في ذلك .

وقد أثرت الى هذا المعنى فيما تقدم ، ولكن لا منافاة بين الكلامين ، وكلا الأمرين حرام وحرمتها مختلفة : فالتدليس حرام بالقصد في نفسه ، والبيع ليس حراما لذاته ، ولكن حرام لغيره ، وضبط هذا نافع فيما سيأتى في صحة البيع .

وفي عبارة المصنف والأصحاب وألفاظ الحديث تنبيه على أنه لا يكفي البائع العالم بالعيب أن يقول : هو معيب ، أو يبيعه بشرط البراءة من العيوب : أو يقول : إن به جميع العيوب أو أنه لا يضمن غير الحل كما جرت عادة بعض الناس بفعل ذلك ، بل لابد من بيان العيب المعلوم بعينه ، والعبارات الأولى كلها فيها إجمال لا بيان ، وقد يظن المشتري سلامته عن ذلك : فإن البائع إنما قال ذلك حذرا من العهدة بخلاف ما إذا نص له على العيب بعينه ، فإنه يدخل فيه على بصيرة . واطلاق المصنف رحمه الله والأصحاب والشافعي حرمة التدليس ووجوب البيان يتناول ما إذا كان المشتري مسلما أو كافرا ، ولفظ الأحاديث التي ذكرت واستدل بها المصنف رحمه الله ، إنما تدل على المسلم للمسلم ، وهذا كما تقدم ورد في الخطبة على خطبة أخيه ، والسوم على سومه ، وجمهور العلماء رحمهم الله على أنه لا فرق في ذلك بين المسلم والكافر .

وحكى الراعى فى كتاب النكاح عن أبى عبيد بن حربويه من أصحابنا فى الخطبة أن المنع مخصوص بما اذا كان مسلما ، أما الذمى فتجوز الخطبة على خطبته قال : وبمثله أجاب فى السوم على السوم .

(قلت) فيحتمل أن يطرد ذلك هنا أيضا ، ويجعل تحريم الكتمان خاصا بما اذا كان المشتري مسلما ، ويوافق ما تقدم فى الحديث ببيع المسلم المسلم ، لا داء ولا خيثة ، وفسر سعيد بن أبى عروبة الخيثة ببيع أهل العهد ، ويحتمل أن لا يطرد ابن حربويه مذهب هنا ، وهو الأقرب ، ويفرق بأن الخطبة على الخطبة والسوم على السوم ليس فيه الا ايعار الصدور ، وذلك حاصل فى حق الكافر .

وأما كتمان العيب ففيه ضرر بين وأخذ المال الذى بذله المشتري ثمنا على ظن السلامة ، ولله استرجاعه عند الاطلاع ، فكيف يحكم باباحة ذلك على ما لا يظن بأحد من العلماء القول به ؟ على أن قول ابن حربويه فى الخطبة على الخطبة والسوم على السوم مخالف لقول جمهور العلماء ، قالوا : تحرم الخطبة على خطبة الكافر أيضا . ومن وافق ابن حربويه فى الخطبة على الخطبة الأوزاعى ، والظاهر أنه لا يطرد ذلك فى مسألتنا هنا للفرق المتقدم . ومن الحجة على تعميم الحكم فى مسألتنا وفى مسألة الخطبة والسوم على البيع قوله صلى الله عليه وسلم : « لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » .

وأما التقييد فى هذه الأحاديث فإنه خرج على الغالب ولا يكون له مفهوم ، أو أن المقصود التهيج والتنفير عن فعل هذه الأمور مع من يشاركه فى الاسلام والآخرة ، ويثبت عمومها بدليل آخر . والله أعلم .

(المسألة الثانية) أنه ان علم غير المالك بالعيب أن يبين ذلك لمن يشتريه للحديث الثانى الذى ذكره المصنف . ولقوله صلى الله عليه

وسلم : « الدين النصيحة » والأحاديث في ذلك كثيرة صحيحة صريحة .
وممن صرح بهذه المسألة مع المصنف رحمه الله ابن أبي عسرون
والنووي في الروضة من زياداته ، وذلك مما لا أظن فيه خلافاً لموجب
النصيحة . وقد دخل في قول المصنف غير المالك البائع بوكالة أو ولاية
الذي دل كلامه في التنبية عليه وغير البائع ومن ليس له تعلق بهما ،
الا أنه اطلع على العيب وإن كان أجنبياً ، كما في قصة وائلة
ابن الأسقع وله ثلاثة أحوال :

(أحدهما) أن يعلم أن البائع أعلم المشتري بذلك ، فلا يجب
عليه الاعلام في هذه الحالة لحصول المقصود باعلام البائع .

(الحالة الثانية) أن يعلم أو يظن أو يتوهم أن البائع لم يعلمه
فيجب عليه لإطلاق الحديث ، ولقصة وائلة ، فإنه استفسر من المشتري
هل أعلمه البائع ، فدل على أنه لم يكن جازماً بعدم اعلامه ، وذلك
لأنه من جملة النصح . لكن هذا إنما يكون إذا كان التوهم بمحتمله ،
فلو وثق بالبائع لدينه وغلب على ظنه أنه يعلم المشتري به ، وهى
الحالة الثالثة ، فيحتمل أن يقال : لا يجب عليه الاعلام في هذه
الحالة لظاهر حال البائع . وخشية من التعرض لايفغار صدره ،
والبائع يتوهمه أنه أساء الظن به ، ويحتمل أن يقال انه يجب
الاستفسار كما فعل وائلة بن الأسقع لأن الأصل عدم الاعلام ولا
يجدون في الاستفسار مع عموم الحديث في وجوب التبيين . هذا
كله إذا كان البائع عالماً بالعيب ، فإن كان الأجنبى عالماً به وحده
وجب عليه البيان بكل حال . وأما وقت الاعلام ففي حق البائع
قبل البيع ، فلو باع من غير اعلام عصى كما تقدم ، وفي حق الأجنبى قبل
البيع أيضاً عند الحاجة ، فإن لم يكن حاضراً عند البيع أو لم
يتيسر له وجب عليه الاعلام بعده ، ليرد بالعيب كما فعل وائلة ،
ولا يجوز له تأخير ذلك عن وقت حاجة المشتري اليه ، والله أعلم .

(فرع) قال الامام : الضابط فيما يحرم من ذلك أن من علم
شيئاً يثبت الخيار فأخفاه أو لم يوضح ما ينبغي في تدليس فيه فقد

فعل محرماً : فان لم يكن السبب مسبباً للخيار فترك التعرض له
لا يكون من التدليس المحرم ولا يجب ذكر القيمة فان الغبن لا يثبت
بمجرده خيار ، والله أعلم •

(المسألة الثالثة) ان باع ولم يبين العيب صح البيع مع المعصية •
قال الشافعي رحمه الله في المختصر : « وحرام التدليس ولا ينقض
به البيع » وجملة القول في ذلك أن البائع اذا باع سلعة يعلم أن فيها
عيباً ، فاما أن يشترط فيها السلامة مطلقاً أو عن ذلك العيب ،
واما أن يطلق ، فان أطلق واقتصر على كتمان العيب ، وهى مسألة
الكتاب ، فمذهبنا وجمهور العلماء أن البيع صحيح ، ونقل المحاملى
والشيخ أبو حامد وغيرهما عن داود أنه لا يصح • ونقله ابن المغلس عن
بعض من تقدم من العلماء أيضا •

واحتج أصحابنا بحديث المصراة كما ذكره المصنف رضى الله عنه ،
فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل مشترى المصراة بالخيار ان
شاء أمسك وان شاء رد مع التدليس الحاصل من البائع بالتصرية وهى
عيب مثبت للخيار بمقتضى الحديث ، فدل على أن التدليس بالعيب
وكتمانها لا يبطل البيع ، وبأن النهى لمعنى فى العاقد والنهى اذا كان
لمعنى فى العاقد لا يمنع صحة البيع كالبيع على بيع أخيه ، وانما
يبطل النهى اذا توجه الى المعقود عليه كالنهي عن الملازمة والمنازعة ،
ألا ترى أن النهى عن بيع وقت النداء لما لم يرجع الى ذات العقد
لم يقتض الفساد ، بل ما نحن فيه أولى بالصحة ، لأن البيع
وقت النداء متوجه اليه ، وان كان معللاً بأمر خارج • وأما هنا فى
المصراة فلم يرد النهى على البيع ، وانما ورد هنا على كتمان العيب
كما أشرت اليه فيما تقدم وفى المصراة على التصرية ، فليس البيع
منهياً عنه أصلاً ، بل هو من حيث هو مباح ، والحرام هو الكتمان ،
والبيع وقت الجمعة منهى عنه لاشتراكه على التقويث ، فلتفهم الفرق
بين الموضعين • وبهذا يجاب عن استدلال الظاهرية بقوله صلى الله
عليه وسلم : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » فنقول : التدليس
هو المنهى عنه • وهو مردود •

(فان قلت :) قد تقدم أن البائع اذا لم يبين العيب حرام ،

وأن المصنف رحمه الله صرح به في التنبيه ، وإذا كان كذلك فهو مثل البيع وقت النداء ، فلم يكن أولى منه بالصحة (قلت) لا شك أن المراتب ثلاث •

• (المرتبة الأولى) وهي أعلاها ما كان منها عنه لمعنى فيه ، كبيع الملامسة •

• (المرتبة الثانية) ما كان منها عنه لا معنى فيه من حيث هو ، بل لاستلزامه أمرا ممنوعا كالبيع وقت النداء ، فهو مستلزم للتفويت الممنوع ، أو هو فرد من أفراد ما يحصل به التفويت ، والمتضمن أو المستلزم للممنوع ممنوع •

• (المرتبة الثالثة) وهي أدناها ما لم ينع عنه أصلا ، ولكن به يتحقق ما هو منهي عنه ، فهذا لم يخرج به الشرع عن قسم الإباحة فهو كسائر المباحات إذا استلزم شيء منها محرما في بعض الأوقات ، لا نقول : أنه ينقلب من الإباحة إلى التحريم ، ويوضح لك هذا أنه في المرتبة الثانية إذا استغل بالبيع وفوت السعي للجمعة يأثم اثمين : اثم للبيع المنهى عنه ، واثم لتفويت الواجب ، وفي هذه المرتبة لا يأثم إلا اثما واحدا على الغش وكتمان العيب على البيع ، ولا يأثم على البيع اثما آخر • وإذا حكمنا على البيع المقارن للغش بالتحريم كذلك حكم على المجموع المتضمن للغش المحرم ، وليس المراد أن ذلك الفعل حرام ثم ، أى ليس البيع أصلا في حالة من الأحوال مستلزما للكتمان ، لأن كل بيع يمكن أن يخبر معه بالعيب ، ولا يجوز الحكم على البيع بالتحريم إلا على الوجه الذى بينته ، إذ يراد تحريم المجموع أعنى البيع مع الغش فليس البيع وحده منها عنه بطريق القصد ، ولا بطريق الاستلزام ، وقد وافق الظاهريون أو من وافق منهم على تصحيح البيع مع النجش قالوا : لأن البيع غير النجش ، وذلك يوافق ما قلناه هنا ، ووافقوا على تصحيح البيع مع تلقى الركبان ، ونص الحديث على ذلك ، فهو حجة لنا هنا أيضا •

والظاهرية في المصراة ونحوها يجعلون ذلك خارجا بالنص ويتمسكون فيما عدا ذلك بما ذكروه ، وقد تبين الجواب عنه بحول الله

وقوته وذكر البيهقي في باب صحة البيع الذي وقع فيه التدليس حديثا رواه البخاري « أن ابن عمر اشترى ابلا هيماء^(١) من شريك لرجل يقال له نواس من أهل مكة . فأخبر نواس أنه باعها من شيخ كذا وكذا . فقال : ويلك ، فجاء نواس الى ابن عمر فقال : ان شريكي باعك ابلا هيماء ولم يعرفك ، قال : غاستقها اذن . فلما ذهب ليستاقها قال ابن عمر : دعها . . رضينا بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم لا عدوى » . والله أعلم .

(فرع) نقل الماوردي قبل باب : لا يبيع حاضر لباد ، عن أبي علي ابن أبي هريرة أنه كان يقول : في ثمن التدليس حرام ، لا ثمن المبيع ، ألا ترى أن المبيع اذا مات يرجع على البائع بأثر عيب التدليس ، فدل على أنه أخذ منه بغير استحقاق ، وهذا شيء عجيب ، كيف يكون الثمن حراما والمبيع صحيحا ؟ وسيأتى في باب المراجعة كلام في ذلك في مسألة الاخبار بالزيادة ، ولعل مراد ابن أبي هريرة هنا أن المقدّر الزائد بسبب التدليس الذي يستحق استرجاعه عند فوات المبيع هو المحرم ، لا جملة الثمن ، وهو ظاهر كلامه ، ومع ذلك فيه نظر ، لأنه لو رضى المشتري بالعيب استقر ملك البائع على الثمن كله ولو لم يرض به - والمبيع قائم - استرجعه كله ، فان كان عدم استقراره موجبا للوصف بالتحريم فليكن جميعه حراما أو لا فلا يكون شيء منه حراما .

(فرع) هذا كله في مسألة الكتاب اذا باع من غير شرط ، ولكنه كان عالما بالعيب ، أما لو اشترط السلامة فكانت معيبة : أو شرط وصفا وأخلف . فالمشهور الصحة . وثبوت الخيار كحالة الاطلاق . وحكي الرافعي عن الحناطي أنه حكى قولاً غريباً أن الخلف في الشرط يوجب فساد البيع ، وهو يوافق ما تقدم عن الظاهرية ، وهم قائلون بذلك في الشرط أيضاً . ولا يلزم طرد هذا القول الغريب هناك ، لأن تعلق الغرض بالوصف المشروط لفظاً أقوى ، وعند الاطلاق العقد متعلق بالمتعين ، وان كان العرف يقتضي السلامة ، فهذا فرق على القول الذي حكاه الحناطي حتى لا يلزم طرده ، وان كان هو ضعيفاً ، لأن مورد العقد المعين مع الشرط أيضاً ، والله أعلم .

(١) الهيماء : داء بصيب الابل كالحمى

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان لم يعلم بالعيب واشتراه ثم علم بالعيب ، فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد ، لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك ، فثبت له الرجوع بالثمن كما قلنا في المصراة) •

(الشرح) المشتري للعين المعيبة تارة يكون عالما بمعيها ، وتارة لا يكون •

(الحالة الأولى) ان كان عالما فلا خلاف أنه لا يثبت له الخيار لرضاه بالعيب ، ولا يأتي فيه الخلاف المتقدم في المصراة اذا كان عالما بالتصرية ، لأن المستند في ثبوت الخيار هناك عند من يقول به : التعبد ، وان ذلك خيار ثابت بالشرع كما تقدم ، وليس ههنا كذلك وهذه الحالة تؤخذ من مفهوم كلام المصنف رحمه الله ، فانه شرط في الخلاف عدم العلم ، ومفهومه أن عند العلم لا خيار ، قال ابن حزم في كتاب مراتب الأجماع : واتفقوا على أنه اذا بين له البائع بعيب فيه وحد مقداره ، ووقفه عليه ان كان في جسم المبيع ، فرضى بذلك المشتري أنه قد لزمه ، والارد له بذلك العيب •

(فرع) فلو كان المشتري قد علم به ، ولكن لم يعلم أنه عيب يوكس الثمن ، ويوجب الفسخ • قال الماوردي : ولا رد له ، لأنه قد كان يمكنه عند رؤيته أن يسأل عنه • ولأن استحقاق الرد حكم ، والجهل بالأحكام لا يسقطها • قال : فلو كان شاهد العيب قديما وقال : ظننت أنه قد زال فلا تأثير لهذا القول ، لأن الأصل بقاء العيب ، ولو اختلفا في العلم بالعيب فالقول قول المشتري ، لأن الأصل عدمه ، قاله صاحب العدة •

(الحالة الثانية) اذا لم يعلم بالعيب وهي منطوق مسألة الكتاب يثبت الخيار لما ذكره المصنف رحمه الله • وقياس ذلك على المصراة ان كانت التصرية عيبا ظاهرا بالقياس • والجامع الذي ذكره المصنف ،

وقد قدمنا أن الصحيح أن التصرية عيب • وإن لم تكن التصرية عيباً فمن باب الأولي • لأن الخيار إذا ثبت بالتدليس بما ليس بعيب ، فثبوته بالتدليس بالعيب المحقق أولى • عكذا ذكره القاضي أبو الطيب . وفيه نظر . لأن الذي يقول بالتصرية ليس بعيب يجعلها كالشرط ويلحق الخيار فيها بخيار الخلف • وحينئذ قد يقال : لا يلزم من جعل التصرية التي هي من فعل البائع كالشرط جعل التدليس بالعيب الذي ليس من فعله • وإن جعلنا التدليس بالعيب كذلك فالعيب إذا لم يعلم به البائع لا يمكن دعوى ذلك فيه ، ومع ذلك الخيار ثابت به • ولأجل ذلك الطريقة التي سلكها المصنف رحمه الله واقتصر عليها أولى في الاستدلال ، وأسلم عن الاعتراض • نعم هو إنما باتى على قول الجمهور : أن التصرية عيب أما على القول الذي رجه الغزالي في الوجيز أن الخيار فيها ملحق بخيار الخلف فلا ، لأن سبب الخيار في المصراة المقيس عليها اخلاف الشرط الملتمزم ، ولم يوجد في مسألتنا •

فالمصنف رحمه الله قد جعل الجامع بين المسألتين عدم حصول المبيع السليم فعلى ما اختاره الغزالي لا يأتي ، إلا أن يجعل ذلك مقيساً على الالتزام الشرطي وكذلك فعل هو في الوسيط تنزيلاً لغلبة السلامة منزلة الاشتراط ، ثم لك أن تجعل الالتزام الشرطي أصلاً يكتفى به كما اقتضاه كلامه في الوسيط ، ولك أن تردده إلى التصرية لورود النص فيها ، وقد اقتصر المصنف رحمه الله على الاستدلال بالقياس ، وفي المسألة حديث واجماع ، أما الحديث فالذي ذكره بعد هذا بفصل في الخراج بالضمن ، فإن فيه أنه خاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم « وأنه رده عليه بالعيب » وسنتكلم عليه هناك إن شاء الله تعالى •

وأما الاجماع فانه لا خلاف بين المسلمين في الرد بالعيب على الجملة • واتفقوا على أن من اشترى شيئاً ولم يبين له البائع العيب فيه ولا اشترط المشتري سلامة ولا اشترط الاخلاء به : ولا بيع منه ببراءة • فوجد به عيباً كان به عند البائع وكان ذلك العيب يمكن البائع معرفته وكان يحظ من الثمن حطاً لا يتعابن الناس بمثله في مثل ذلك

البيع ، في ذلك الوقت . يعنى وقت عقد البيع . ولم يتلف عين المبيع ولا نقصها ، ولا تغير اسمه ولا تغير سوقه ، ولا خرج عن ملك المشتري كله ولا بعضه ، ولا أحدث المشتري فيه شيئاً ولا وطأ ولا غيره . ولا ارتفع ذلك العيب . وكان البائع قد نقد فيه جميع الثمن فان للمشتري أن يرده ويأخذ ما أعطى فيه من الثمن ، وأن له أن يمسكه ان أحب ، واختلفوا فيما عدا كل ما ذكرناه بما لا سبيل الى ضبطه باجماع جاز . انتهى .

وادعى القاضى أبو الطيب اجماع المسلمين على التسوية بين الغاش الخائن وغيره ولعل المصنف رحمه الله انما اقتصر على القياس . ولم يذكر الحديث والاجماع ، لأن الحديث فيه رد بعيب ، وذلك حكاية حال لا دلالة لها على العموم ولا اجماع مقيد بالقيود المذكورة ، أو أكثرها فكان الاستدلال بالقياس أشمل ، وبالجمله الرد بالعيب في الجمله لا شبهة فيه ، قال الشيخ أبو حامد : ولا يخفى أن المراد العيب الموجود عند العقد ، أما لو وجد العيب وزال قبل القبض فلا خلاف أنه لا حكم له ، وكذلك لو زال بعد البيع وقبل القبض .

(فسرع) ولى الطفل اذا اشترى له شيئاً فظهر به عيب ، فان كان الشراء بعين المال فهو باطل ، وان كان في الذمة نفذ في حق الولي ، فان اشترى سليماً فحدث به عيب قبل القبض - فان كان الحظ في الامساك - أمسك أو في الرد رد ، فان ترك الرد - فان كان اشترى في الذمة - انقلب اليه ، ولزمه الثمن من مال نفسه وان كان بغير مال الطفل بطل العقد ، قاله صاحب التتمة ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان ابتاع شيئاً ولا عيب فيه ثم حدث به عيب في ملكه - نظرت فان كان حدث قبل القبض - ثبت له الرد ، لان المبيع مضمون على البائع ، فثبت له الرد بما يحدث فيه من العيب كما قبل العقد ، وان حدث العيب بعد القبض نظرت - فان لم يستند

الى سبب قبل القبض - لم يثبت له الرد ، لأنه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث ، وان استند الى ما قبل القبض بأن كان عبدا فسرقت أو قطع يدا قبل القبض ، فقطعت يده بعد القبض ، ففيه وجهان • (أحدهما) أنه يرد ، وهو قول أبى اسحاق لأنه قطع بسبب كان قبل القبض فصار كما لو قطع قبل القبض • (والثاني) أنه لا يرد ، وهو قول أبى على ابن أبى هريرة ، لأن القطع وجد في يد المشتري ، فلم يرد كما لو لم يستند الى سبب قبله) •

(الشرح) الكلام الذى تقدم في اثبات الخيار في العيب الموجود عند البيع والكلام الآن في العيب الحادث بعده ، وقد قسمه المصنف رحمه الله الى ثلاثة أقسام :

(القسم الأول) الحادث قبل القبض ، فحكمه حكم المقارن للعقد ، لأن المبيع مضمون قبل القبض على البائع بجملته ، فكذا أجزاءه ، وضمان الجزء الذى لا يقابله قسط من الثمن لا يقتضى الانفساخ ، فأثبت الخيار • والمصنف رضى الله عنه استغنى عن هذه الزيادة بجعله ما قبل القبض كما قبل العقد لاشتراكهما في كون المبيع فيهما مضمونا على البائع ، بمعنى أنه اذا تلف تلف من كسبه ، وقد اتفق الأصحاب على هذا الحكم ، وأن العيب الطارئ قبل القبض كالمقارن للعقد ، وذلك منهم تفريع على ما هو متفق عليه في المذهب وهو أن البيع قبل القبض من ضمان البائع ، وأنه اذا تلف قبل القبض انفسخ البيع ، ونص عليه الشافعى رحمه الله في مواضع ، واستنبطه من بطلان عقد الصرف بالتفرق قبل التقابض كما تقدم التنبيه عليه في باب الربا ، وذكره المصنف في آخر باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع ، وسنشرحه هناك ان شاء الله تعالى • أما على مذهب من قال : ان المبيع في يد البائع أمانة ، كما هو مذهب مالك ولا خيار له ، وممن صرح به المتولى وصورة المسألة المجزوم بها هنا اذا كان حدوث العيب بأقفة سماوية •

(أما) اذا حصل ذلك من جهة المشتري أو البائع أو الأجنبى ، فقد ذكر المصنف رحمه الله الأقسام كلها في باب اختلاف المتبايعين

عند تقسيم تلف المبيع الى الأقسام المذكورة • وهناك أستوعب الكلام على ذلك بعمون الله وتيسيره ان شاء الله تعالى ، وملخص ما هناك ما يتعلق بهذا المكان أنه متى حصل العيب بأفة سماوية أو من البائع أو من الأجنبي فللمشتري الخيار جزما ولكن يختلف أثره على تفصيل مذكور هناك ، ومن جملة ما اذا كان القاطع ابن المشتري ثم مات المشتري وورثه الابن ذكره صاحب البحر هناك ، وهناك أذكره ان شاء الله • ومتى حصل العيب من جهة المشتري فلا خيار له على الصحيح ، تفريعا على أن اتلافه قبض وهو الصحيح المشهور •

(وأما) من يقول من العلماء بأن المبيع قبل القبض من ضمان المشتري كما يقوله أبو ثور مطلقا ومالك في المبيع جزافا ، فقياسه أن العيب الحادث قبل القبض لا أثر له • ومذهب أبي حنيفة رحمه الله في تلف المبيع قبل القبض كمذهبنا •

(واعلم) أن هذا الحكم من كون العيب الحادث قبل القبض كالعيب المقارن للعقد هو المشهور الذي لا يكاد لا يعرف ، بل لا يعرف فيه خلاف بين الأصحاب ووراء ذلك أمران غريبان (أحدهما) أن الشافعي رحمه الله قال في الأم في الرهن الكبير في جناية العبد المرهون على الأجنبيين • ولو بيع العبد المرهون ولم يتفرق البائع والمشتري حتى جنى كان للمشتري رده ، لأن هذا عيب حدث به وله رده بلا عيب ، ولو جنى ثم بيع فعلم المشتري قبل التفرق أو بعده بجنائه كان له رده ، لأن هذا عيب دلسه ، ولو بيع وتفرق المتبايعان أو أخبر أحدهما صاحبه بعد البيع ، فاختار امضاء البيع ثم جنى ، كان من المشتري ولم يرد البيع ، لأن هذا حادث في ملكه بعدم تمام البيع بكل حال له •

قال ابن الرفعة : وهذا ان لم يحمل على ما بعد القبض فهو يقتضى باطلاقه أنه لا فرق فيه بين ما بعد القبض وقبله ، والعلة ترشد اليه ، لأنه في الحالين ملكه عليه تام وان لم يستقر الا بالقبض • قال : وهذا ان صح يقتضى أن الجناية عمدا أو خطأ في يد البائع بعد تمام الملك لا يثبت بها للمشتري خيار ، وان أثبت علي نفسه ، ولكن الأصحاب لا يوافقون على ذلك •

(الأمر الثانى) أن فى مختصر البويطى قال أبو يعقوب : وان اشترى رجل من رجل عبدا أو ثوبا ولم يقبضه فجنى عليه البائع أو غيره جنائية حرق أو غيره أو ما دون النفس أو النفس ، فهو مخير فى العبد ان شاء أخذ الثوب وأخذ الجانى بجنائته ، وان شاء ترك ، فان كان ذلك بأمر من السماء كان مخيرا أن يأخذه أو يدعه ، وليس له النقص اذا كان من السماء كما لو مات • وقد قيل : يأخذه ويسقط عنه ما نقصه بحمته من الثمن ، وان كان ذلك بهزال فى يديه أو ما أشبهه كان مخيرا وقد قيل : اذا كان البائع الذى جنى عليه فى النفس فالبيع منفسخ • انتهى •

وهذه الأقوال الثلاثة التى نقلها البويطى الأول والثالث معروفان فى المذهب والغريب الثانى ، وهو أنه يأخذه ويسقط عنه حصته من الثمن • وكلامه المذكور يقتضى أن ذلك فيما يمكن التقسيط عليه كاليد ونحوها لا كالهزال وشبهه ، ولكن هذا القول لم أعلم أحدا من الأصحاب ذكره على أنه ليس فى كلام البويطى نسبته الى الشافعى رحمه الله • ولا شىء من الكلام المذكور من حكاية كلام الشافعى رحمه الله ، وانما الأقوال الثلاثة من حكاية البويطى ، والمسألة كلها كما يدل عليه أول كلامه ونسبته الى أبى يعقوب ، فلعله حكاه عن بعض العلماء غير الشافعى رحمه الله تعالى •

(فرع) اذا وجد العيب قبل القبض ولكن بسبب متقدم رضى به المشتري كما لو اشترى من وجب عليه القطع عالما به فقطع قبل القبض ، أو بكرا مزوجة فأزال الزوج بكارتها قبل القبض ، فهل تكون كعيب حدث فيرد بها ، كما أنه اذا اشترى مرتدا فقتل قبل القبض ينفسخ العقد أو لا ، لأن رضاه لسببه رضا به والخيار لا يثبت مع الرضا بخلاف الانفساخ بالتلف ولم أر فى ذلك نقلا • والأقرب القطع بأنه لا يوجب الرد للرضا بسببه ، ولكن القاضى حسين رحمه الله أطلق أن زوال البكارة فى يد البائع يثبت الخيار • ومثل هذا الاطلاق لا يوجد منه نقل فى خصوص المزوجة ووطء الزوج بها •

(القسم الثانى) اذا حدث العيب بعد القبض ولم يستند

الى سبب قبل القبض فانه لا يثبت به الرد ؛ وهذا اذا كان بعد القبض والتفرق . أما لو قبضه في المجلس وحدث به عيب قبل التفرق والتخاير ؛ فالوجه في ذلك بناؤه على تلف المبيع في يد المشتري في مدة الخيار . وفيه طرق .

(احداها) وهي التي أوردتها الغزالي وارتضاها الامام ؛ واقتضى ايراد الرافعي ترجيحها .

أما ان قلنا الملك للبائع انفسخ ، والا فوجهان (أصحهما) عدم الانفساخ . واذا تم العقد لزم انثمن ؛ لأن القبض وجد الا أنه بقيت علقه فصار كما لو اشترى مكايلة فقبض جزافا ، أو غصب المبيع من يد البائع وتلف في يده ، قال هذا التعليل صاحب التتمة (والثاني) ينفسخ لأن العقد لم يستقر كما بعد الخيار وقبل القبض .

(والطريقة الثانية) القطع بعدم الانفساخ وأنه اذا حصلت الاجازة يلزم المشتري الثمن (وان قلنا) الملك للبائع . وهذه منسوبة للشيخ أبي حامد .

(الطريقة الثالثة) الا أنا اذا قلنا : الملك للبائع وحصل امضاء البائع ضمنه المشتري بالقيمة . وهذه حكاها الامام عن العراقيين وبعض أصحاب القفال ، وهو مقتضى كلام المصنف حيث ذكر المسألة في أول كتاب البيوع ، ولذلك نسبها العمراني اليه .

(الطريقة الرابعة) طريقة الماوردي ان كان التلف في خيار المجلس انفسخ على الأقوال كلها ، وان كان في خيار الشرط ، فان كان لهما أو للبائع وحده فكذا ، وان كان للمشتري وحده (فان قلنا) يملك بانتقضاء الخيار أو موقوف ضمنه بالقيمة (وان قلنا) يملكه بنفس العقد فعلى وجهين (أحدهما) وهو ظاهر نصه في البيوع أنه ضامن بالقيمة دون الثمن (والثاني) وقد أشار اليه في الصداق أنه ضامن له بالثمن المسمى .

(الطريقة الخامسة) ما دل عليها كلام أبي الطيب أنه ان كان الخيار لهما أو للبائع وحده انفسخ قولاً واحداً ، وان كان للمشتري

وحده . فان قلنا : الملك له فوجهان والا لم ينفسخ وقال القاضى أبو الطيب : ان الذى نص عليه الشافعى رحمه الله فى كتبه أن البيع ينفسخ ويجب على المشتري قيمته . قال القاضى أبو حامد وقال الشافعى فى كتاب الصداق : يلزمه الثمن . واختلف أصحابنا فمنهم من قال : يلزمه القيمة ، والذى قال من الثمن ليس بثابت ، قال أبو الطيب : ويحتمل أن يكون أراد بالثمن ، لأن الشافعى يعبر عن القيمة بالثمن فى مواضع كثيرة . ومنهم من قال ما تقدم ، وادعى ابن الرفعة أن أكثر نصوص الشافعى على الانفساخ ، وذكر نصوصا تدل على ذلك من الجزء الثامن والعاشر من باب الدعوى فى المبيع ، ومن باب دعوى الولد فيه .

وقد رأيت أنا فى الجزء الخامس عشر أيضا أنه اذا باع العبد بالخيار ثلاثا أو أقل ، وقبضه فمات فى يد المشتري فهو ضامن لقيمته ، وان منعا أن يضمه ثمنه أن البيع لم يتم فيه . قال الشافعى : وسواء فى ذلك كان الخيار للبائع أو للمشتري لأن البيع لم يتم فيه حتى مات . وقد حكى عن نصه فى الصداق أن المبيع اذا تلف فى يده زمن الخيار يلزمه الثمن ، وبذلك قال المتولى ، وحصل قولان فى المسألة ، وهو فى ذلك تابع للقاضى حسين ، والنص المتقدم يدل على أن الانفساخ فى الأحوال الثلاثة اذا كان الخيار للمبتاع أو للبائع أو لهما ، فهذه خمس طرق ، والطريقة الأولى أفقه ، ولكن تصحيح عدم الانفساخ من الوجهين فيها فيه نظر والنصوص التى للشافعى ليس فيما وقفت عليه منها ما فيه تصريح بالانفساخ ولا بعدمه ، بل الأكثر الذى تمسك به ابن الرفعة ، والذى رأيت فى الأم فيه ايجاب القيمة ، والنص المعارض له فيه ايجاب الثمن ، فأكثر النصوص تدل لأحد أمرين اما القول بالانفساخ الذى هو أحد الوجهين من الطريقة الأولى ، كما ادعاه ابن الرفعة ، واما الطريقة التى نقلها الامام عن العراقيين (وقلت) ان مقتضى كلام المصنف فى أول البيع ، فالتمسك بذلك للانفساخ عيبا كما ادعى ابن الرفعة غير متعين . وترجيح عدم الانفساخ ولزوم الثمن موافق للنص المقتضى لوجوب الثمن ومخالف لأكثر النصوص . لكن اذا ثبت ما قاله القاضى أبو الطيب من اطلاق الشافعى رحمه الله الثمن على القيمة وما نقله من النصوص فى

كتبه يترجح القول بالانفساخ لاسيما مع ما أئسر به كلام القاضي
أبى حامد أن ذكر الثمن ليس بثابت • إذا عرف بالعيب الحادث بعد
القبض وقبل لزوم العقد يتعين بناؤه على هذا الخلاف •

فحيث نقول بالانفساخ اما على أن الملك للبائع ، أو مطلقا
على أحد وجهى الطريقة الأولى؛ وظاهر أكثر النصوص • أو على
طريقة الماوردى والقاضى أبى الطيب على ما فيها من التفصيل والبناء ،
فحدوث العيب حينئذ كحدوثه قبل القبض ، وبذلك صرح الماوردى
عند الكلام فى وضع الجوائح • قال عن ابن أبى هريرة : أن المقبوض
فى خيار الثلاث يستحق رده بما حدث من العيوب فى زمان الخيار ،
وان كان القبض تاما وجب القول بعدم الانفساخ ، اما على الأصح
عند الرافعى من وجهى الطريقة الأولى ، وعلى طريقة الشيخ أبى حامد
أو على طريقة المصنف رحمه الله • أو فى بعض الأحوال على طريقتى
الماوردى والقاضى أبى الطيب على التفصيل المذكور • أو على مقتضى
النص المحكى فى ذلك ، فحينئذ لا يكون لحدوث العيب فى ذلك الوقت
أثر فى اثبات الخيار •

ولا جرم — والله أعلم — أطلق المصنف رحمه الله أن حدوث العيب
بعد القبض إذا لم يستند الى سبب قبل القبض لا يثبت الرد ، لأن
اختياره أن القبض ناقل للضمنان ، وان كان فى زمن الخيار كما
تقدم ، وهو مستمر على الأصح عند الرافعى • وقد تقدمت الإشارة
الى ما فى ذلك من النصوص •

(فرع) لا فرق بين يد المشتري ويد نائبه ، ولو كانت يد
البائع كما لو قبض المبيع ، وأودعه اياه بعد القبض ، ونص عليه
الشافعى رحمه الله والأصحاب • ولو أودع البائع المبيع عند المشتري
وقلنا : لا يسقط حق الحبس بإيداع فتلف ، كما لو تلف فى يد البائع
على مقتضى ذلك • وعن القاضى أبى الطيب أنه صرح به فى أواخر
كتاب الشفعة ، وعبارة المصنف رحمه الله سالمة عن ذلك فى الطرفين لاعتباره
القبض ، وهو موجود فى الأول مفقود فى الثانى •

(فرع) هذا الذى تقدم من أن العيب الحادث بعد القبض

الذى لا يستند الى سبب قبله لا يرد به هو مذهبنا ومذهب جمهور
الملماء . وقال مالك بذلك الا في الرقيق فانه قال : ما أصاب الرقيق
في ثلاثة ايام بعد البيع من اباق أو عيب أو موت أو غير ذلك فمن
ضمان البائع ، فاذا انقضت الثلاثة الايام برىء البائع الا من انجنون
والجذام والبرص . فان هذه الأدواء الثلاثة ان اصاب شئ منها
المبيع قبل انقضاء سنة من حين البيع ، كان له الرد بذلك : قال :
ولا يقضى بذلك الا في البلاد التي جرت عادة أهلها بالحكم بها فيها .

وأما البلاد التي لم تجر عادة أهلها بالحكم بذلك فيها ،
فلا نحكم عليهم بذلك . قال : ومن باع بالبراءة بطل عنه حكم المهددة ،
وكذلك يسقط حكم المهددة عنده فيما اذا باع السلطان لغريم
أو من مال يتيم ، ولا عهدة فيه الا أن يكون علم عيبا فكتمه . وقال
قتادة : ان رأى عيبا في ثلاث ليال رده بغير بينة ، وان رأى عيبا بعد
ثلاث لم يستطع أن يرده الا ببينة .

واحتج المالكيون بما رواه أبو داود من حديث الحسن البصري
عن عقبة بن عامر الجهني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :
« عهدة الرقيق ثلاث ليال » وفي رواية أخرى أربع ليال . رواه أحمد
في مسنده ، وفي رواية أربعة أيام ، قال قتادة : وأهل المدينة يقولون
ثلاثا .

قال سعيد : قلت لمباداة : كيف يكون هذا ؟ قال : اذا وجد
المشتري عيبا بالسلعة فانه يردها في تلك الأيام ولا يسئل البينة ،
واذا مضت عليه أيام فليس له أن يردها الا ببينة أنه اشتراها . وذلك
النعيب بها . والافيمين البائع أنه لم يبعه ويرد .

وعن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
« عهدة الرقيق ثلاث » رواه ابن أبي شيبة ، وقال هؤلاء : انما قضى
بعهدة الثلاث لأجل حمى الربع فانها لا تظهر في أقل من ثلاثة أيام .
هو عن عبد الله بن أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم أنه سمع أبا
ابن عثمان وهشام بن اسماعيل بن هشام يذكران في خصيتهما

عهدة الرقيق في الأيام الثلاثة ، من حين يشتري العبدان الوليدة وعهدة السنة ويأمران بذلك .

وعن عمر بن عبد العزيز أنه قضى في عبد اشترى فمات في الثلاثة الأيام ، فجعله عمر من الذي باعه ، وعن ابن شهاب قال : القضاة منذ أدركنا يقضون في الجنون والجذام والبرص سنة .

قال ابن شهاب : وسمعت ابن المسيب يقول : العهدة من كل داء عضال نحو الجذام والجنون والبرص ، وعن يحيى بن سعيد الأنصاري رضى الله عنه قال : لم تزل الولاة بالمدينة في الزمان الأول يقضون في الرقيق بعهدة السنة من الجنون والجذام والبرص ، ان ظهر بالملوك شيء من ذلك قبل أن يحصل عليه الحول فهو رد عليه ، ويقضون في عهدة الرقيق بثلاث ليال .

وقد أجاب أصحابنا وغيرهم عن الحديثين بأن الحسن لم يسمع من عقبة شيئا ولا يسمع من سمرة إلا حديث العقيقة عند أكثر الحفاظ ، مروايتها في هذا منقطعة لا يحتج بها . قال علي بن المديني : لم يسمع الحسن من عقبة بن عامر شيئا وكذلك قال أبو حاتم ، وقال البيهقي في روايته عن سمرة في ذلك : أنه غير محفوظ .

(قلت) وقد حفظت من طريق ابن أبي شيبة ، فليس فيها الا النظر في سماع الحسن من سمرة ، وأيضا ففيه عنقنة قتادة عن الحسن وهو مدلس ، وفي حديث عقبة مع الانقطاع والاضطراب ، ومن جملة ما أعل به أنه ورد عن الحسن على الشك بين عقبة وسمرة ، وهما وان كانا صحابييين فهو اضطراب ، وقد سأل الأثرم أبا عبد الله أحمد ابن حنبل عن العهدة فقال : ليس في العهدة حديث نتبته ، وقال الحاكم في حديث عقبة : أنه صحيح الاسناد غير أنه على الارسال ، لأن الحسن لم يسمع من عقبة ، والرواية عن عمر بن عبد العزيز في قضائه بذلك ضعيفة ، وكذلك الرواية المذكورة عن يحيى بن سعيد الأنصاري وبقيّة ما ذكره مع كونه ليس بحجة معارض بقول عطاء :

أنه لم يكن فيما مضى عهدة في الأرض لا من هيام ولا من جذام ولا شيء . وبما (١) روى من طريق الشافعي رضى الله عنه عن ابن جريج قال : سألت ابن شهاب عن عهدة السنة وعهدة الثلاث فقال : ما علمت فيها أمرا سافا . وعن ابن طاوس أنه كان لا يرى العهدة شيئا لا ثلاثا ولا أقل ولا أكثر .

وما أشاروا إليه من أن ظهور ذلك في هذه المدة يدل على تقدمه ممنوع . فقد يحدث الأباقي وشبهه ، ولو سلم لهم ذلك فيكون من القسم الذي سنذكره . وهو ما يوجد بعد القبض ، ويكون سببه متقدما ، لكن ذلك غير مسلم لهم . على أن ابن الصباغ قال في الجواب عن ذلك أن الداء الكامن لا اعتبار به وإنما النقض بما يظهر لا ما كمن وفيما قاله بعد ، لأن الكامن إذا دل عليه دليل بعد ذلك وعلم به صار كالظاهر .

وذكروا أيضا أن عمر بن الخطاب وابن الزبير رضى الله عنهما سئلا عن العهدة فقالا : لا نجد أمثلا من حديث حبان بن منقذ « كان يخدع في البيوع فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم الخيار ثلاثا إن شاء أخذ وإن شاء رد » .

وعن علي بن أبي طالب رضى الله عنه « أجل الجارية بها الجذام سنة » . فأما ما ذكره عن عمر وابن الزبير فلا حجة لهم فيه . لأن في حديث حبان « أن شاء أخذ وإن شاء رد » . ولم يقيّد ذلك بعيب ولا في الرقيق دون غيره .

قال الشافعي رضى الله عنه : والخبر في أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « جعل لحبان بن منقذ عهدة بثلاث » خاص . وما ذكره عن علي لا ينافيه ، وقد صح عن ابن عمر : ما أدركت الصفة حيا مجموعا فمن المتابع . ولا نعلم له مخالفا من الصحابة واستثنت

(١) معطوف على بأن الحسن لم يسمع من عقبة شيئا (المطيعي) .

المالكية أيضا الثمار لقولهم فيها بوضع الجوائح وسنذكر مذهبنا ومذهبهم في ذلك عند ذكر المصنف رحمه الله له في آخر باب اختلاف المتبايعين ان شاء الله تعالى .

(القسم الثالث) العيب الحادث بعد القبض اذا أسند الى ما قبل القبض كما مثل به المصنف رحمه الله فيمن قطعت يده حدا أو قصاصا بعد القبض بسرقة أو قطع سابق عليه ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون بعد العقد كما فرضه المصنف أو قبله ، فان بيع من وجب قطعه بقصاص أو سرقة صحيح بلا خلاف ، فاذا قطع في يد المشتري بذلك السبب السابق على العقد أو على القبض — فان كان المشتري جاهلا بالحال ، ولم يعلم بالسرقة أو القطع حتى قطع وهى صورة مسألة الكتاب — ففيه وجهان كما ذكره المصنف .

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق ، وهو الأصح ، وهو قول ابن الحداد ، ونسبه الماوردى الى ابن سريج ، وبه قال أبو حنيفة فيما حكاه الماوردى ، وقال القاضى أبو الطيب : انه على قول الشافعى رضى الله عنه واطلاق نصه الذى نقله ابن بشرى يدل عليه : أن له أن يرد ويسترجع جميع الثمن ، كما لو قطع قبل القبض فانه لو قطع قبل القبض والحالة هذه ثبت له الرد قطعا ، وهذا القائل يجعله من ضمان البائع بالنسبة الى ذلك ، ولو تعذر الرد بسبب فالنظر في الأرض الى التفاوت بين العبد سليما وأقطع ، قاله القاضى حسين والرافعى وغيرهما .

(والثانى) وهو قول ابن أبى هريرة وابن سريج فيما حكاه الأكثرون والقاضى أبو الطيب ونقله ابن بشرى عن نقله عن نصه في الاملاء ، ومال الماوردى اليه ، وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله أنه من ضمان المشتري وليس له الرد ، ولكن يرجع على البائع بالأرض ، وهو ما بين قيمته مستحق القطع وغير مستحقه من الثمن ، وحمل النص الأول على ما قبل القبض . هذا اذا كان جاهلا ، فلو كان عالما بالسبب فليس له الرد ولا الأرض قطعا لدخوله في العقد على بصيرة ان كان موجودا عند العقد ، أو لاطلاعه عليه وامساكه ان كان حدث قبل القبض .

قال الشيخ أبو علي : ولا يجيء هنا الوجه المحكى عن أبي اسحاق في القتل ، يعنى سابقا ، وأنه يرجع بالثمن على رأى أبي اسحاق كما سنذكره ان شاء الله ، والأمر كما قال الشيخ أبو علي كما سنبينه ان شاء الله تعالى ، فينبغى أن يقيّد كلام المصنف بذلك ، وأن مراده اذا كان المشتري جاهلا ، وممن صرح به القاضي أبو الطيب والبعوى والرافعى ، وفي كلام ابن الصباغ ما يقتضى أن فيه خلافاً ، لأنه قال : ان علم بذلك فقطع في يده لم يرجع بشئ على المذهب ، وكأنه رأى أن وجهه أبي اسحاق يأتى هنا وهو بعيد ، وسنبين ذلك ان شاء الله تعالى في أواخر الباب .

(فرع) عن أبي حنيفة رحمه الله أنه اذا قطع في يد المشتري يرجع بنصف الثمن ووافق في المسائل الثلاث التى ستأتى ان شاء الله تعالى أنه يرجع بالجميع ، لأنه من ضمان البائع ، ومن نظائر ذلك لو اشترى جارية مزوجة ولم يعلم بحالها حتى وطئها الزوج بعد القبض ، فان كانت ثيبا فله الرد وان كانت بكرا فنقص الافتضاظ من ضمان البائع أو المشتري ففيه الوجهان — فان جعلناه من ضمان البائع — فللمشتري الرد بكونها مزوجة ، فان تعذر الرد بسبب رجوع بالأرثس ، وهو ما بين قيمتها بكرا غير مزوجة ، ومزوجة مفترعة من الثمن .

وان جعلناه من ضمان المشتري فلا رد له ، وله الأرثس ، وهو ما بين قيمتها بكرا غير مزوجة وبكرا مزوجة من الثمن ، هكذا في التهذيب والرافعى ، والروضة التى بخط المصنف . وفي بعض نسخها سقط من قوله : غير مزوجة الى غير مزوجة فصار هكذا : غير مزوجة وبكرا غير مزوجة من الثمن ، وذلك غلط في الحكم ، وترك للتفريع من جملة من ضمان المشتري ، والفرق بينهما ، فان على ضمان البائع الافراع مضمون عليه ، فلذلك يقدر من ضمان المشتري ليس المضمون على البائع الا سلامتها على التزويج ، وقد تقدم مثل ذلك في تعذر الرد في مسألة القطع ، وأنه يقدر على قول ضمان البائع سليما وأقطع ، لأن القطع مضمون عليه على الأصح وعلى القول الآخر ، بقدر مستحق القطع وغير مستحقه لأن المضمون عليه سلامته عن استحقاق القطع .

وقد وافق ابن الرفعة ما في الروضة السقيمة^(١) من الغلط في الحكم ، وجعل الأرض على قول ضمان البائع ما بين قيمتها بكرا مزوجة وبكرا غير مزوجة . وان كان عالما بزواجها أو علم ورضى فلا رد له . فان وجد بها عيبا قديما بعد ما اقتضت في يده فله الرد ان جعلناه من ضمان البائع ، قاله القاضى حسين والبعوى والرافعى وخالفهم المتولى فقال : لا رد وهو الراجح لما سأنبه عليه ، وان جعلناه من ضمان المشتري رجع بالأرض ، وهو ما بين قيمتها مزوجة ثيبا سليمة ، ومثلها معيبة ، هكذا قال البعوى والرافعى ، ولك أن تقول ينبغى أن يكون ما بين قيمتها مزوجة بكرا سليمة ، ومثلها معيبة ، فان القيمة المعتبرة قيمة يوم العقد على قول ، ويوم القبض على قول وأقل القيمتين على المذهب ، وعلى كل قول تقدر هنا بكرا ، لأنها بكر عند العقد وعند القبض . وانما حدثت الثيوبه بعد ذلك .

فان قال : ان ذلك لا يختلف لأن نسبة البكر السليمة من المعيبة كنسبة الثيب السليمة من المعيبة وهو صحيح ، لكن ذلك يقتضى أن لا يعتد في كلامه بالثيب بل ينبغى أن يقول وهو ما بين قيمتها مزوجة سليمة ومثلها معيبة ، وهكذا عبارة القاضى حسين ، فقول الرافعى ثيبا حشو لا فائدة فيه ان كان كذلك لا يختلف أو زيادة مفسدة ان اختلف ، والله أعلم .

وان تعذر ردها بسبب من الأسباب على قولنا : انه من ضمان البائع فالنظر في الأرض يتجه أن يكون على ما ذكرناه الآن لا يختلف ، ولا يمكن أن يقال ما بين قيمتها بكرا مزوجة سليمة وثيبا مزوجة معيبة لأن النقص الحاصل بالثيوبه رضى به ، وصرح القاضى حسين بالمسألة ، فقال : ان قلنا : من ضمان البائع يرجع بما بين كونها بكرا غير مزوجة وبكرا مزوجة نقيضه .

وان قلنا : من ضمان المشتري فيرجع بما بين كونها بكرا مزوجة وغير مزوجة وفي قوله بكرا مزوجة نقيضه نظر ، وذكر البعوى

(١) النسخة التي نبه الشيخ السبكي على عيبها فيما سبق (المطبوع) .

رحمه الله في التهذيب نظير المسألة وهو ما اذا اشترى سارقا عالما بسرقة فقطع في يده ووجد به عيبا قديما . قال : له الرد ان جعلناه من ضمان البائع : والا فيرجع بالأرش وهو ما بين قيمته سارقا غير مقطوع معيبا وغيب معيب . فقلوه : غير مقطوع نظيره هنا أن تقول بكرا وهو خلاف ما وقع في عبارته وعبرة الرافعي هنا .

ثم اعلم أن ما قاله هؤلاء الأئمة القاضى والبغوى والرافعى رحمهم الله يقتضى أن الرضا بالعيب لا يبطل أثره بالكلية . بل يسقط الرد به وبما هو من سببه ويصير الواقع بسببه بعد القبض كالواقع قبل القبض في عدم المبيع من الرد ، وهذا انما يتجه على قول أبى اسحاق القائل بأن القتل بعد القبض بالردة السابقة يبطل العقد ويوجب الرجوع الى الثمن ان صح جريان هذا الوجه في مسألة القطع وشبهها ، وقد أنكره الشيخ أبو على كما تقدم . أما على المذهب الصحيح أنه اذا قتل بعد القبض وكان عالما برده لا يرجع بشيء ، وكذلك في القطع وزوال البكارة جزما كما تقدم ، فينبغى أن يكون القطع وزوال البكارة بعد القبض كعيب جديد مانع من الرد بعيب آخر .

(فان قلت) جعله من ضمان البائع على الصحيح يوجب مساواته لما وجد قبل القبض ، ولكن لا يرد به لرضاه بسببه ، فلا يمنع الرد كما لو كان عيبا قديما رضى به ، فانه لا يمنع الرد وان كان لا يرد به .

(قلت) لو جعلنا ما بعد القبض كما قبل القبض في ذلك لوجب أن يبطل العقد بالقتل بعد القبض عند الجهل : أما عند العلم فلا ، فاذا رضى بالعيب أبطل أثره . وكل ما وجد بعد ذلك وان كان من أثره فليس منسوباً الى البائع بل هو حادث في يد المشتري ناشئ مما رضى به ، وليس حالته على المشتري لرضاه بسببه ، فينبغى أن يكون مانعا من الرد بالعيب القديم قاله المتولى ويرجع بالأرش .

(فان قلت) لعل كلام القاضى والرافعى والبغوى محمول على أنهم فرعوا ذلك على قول أبى اسحاق .

(قلت) لا . لأمرين (أحدهما) أنهم لم يذكروا قول أبى اسحاق

في هذه الصور مع العلم ، بل كلامهم وكلام غيرهم يقتضى القطع بعدم جريانه هنا •

(والثانى) أنهم قالوا : اذا قلنا من ضمان البائع وقدموا أن الصحيح أن ذلك من ضمان البائع فينبغى أن يتأمل هذا البحث • والجواب عنه أن أمكن لينتفع به فيما اذا باع جارية حاملا ونقصت بالولادة • وعلم بها عيبا ، وسيأتى ذلك ان شاء الله تعالى •

(فسرع) زوال البكارة في المسألة المذكورة لا شك في أنه عيب ، سواء كانت الجارية مما يظن بكارتها في العادة لصغر سنها أم لا ، لأنها لما دخلت في العقد صارت مستحقة ، وان كانت مزوجة بدليل أنها تسلم له بعد الطلاق ، وقضية ذلك أنه اذا اشترى عبدا كاتباً أو متصفا بصفة تزيد في ثمنه ثم زالت تلك الصفة بنسيان أو غيره في يد البائع ثبت للمشتري الخيار ، وان لم يكن فواتها عيبا قبل وجودها • قال ابن الرفعة : وهذا لا شك فيه •

(فسرع) اذا اشترى جارية حاملا ورضى بحملها ثم وضعت في يده ونقصت بسبب الوضع ثم اطلع على عيب آخر بها ، فقياس ما تقدم في الجارية المزوجة أن لا يكون نقصانها بالولادة مانعا من الرد على ما قال ابن الرفعة ، ويؤيده أن الرافعى حكى فيما اذا أصدق زوجته جارية حاملا ، فحملت في يده ووضعت في يدها ثم طلقها ، فالنقص الحاصل منسوب اليه أو اليها ؟ فيه وجهان • في كلام الماوردى والرافعى ما يقتضى أنه مانع من الرد • وسنذكر المسألة عند ذكر المصنف لها ان شاء الله تعالى • وقد أشرت فيما تقدم الى ذلك •

وقد ذكر طائفة من الأصحاب منهم القاضى أبو الطيب والغزالى والرافعى رحمهم الله مع هذه المسائل أو بعضها مسائل تشاركها في حصول عيب قبل العقد أو القبض ، ويوجد أثره بعد القبض كالقتل برودة أو محاربة أو بجناية عمد سابقة أو الموت بمرض سابق •

والمصنف رحمه الله أفرد لهذه المسائل فصلا في أواخر هذا

الباب وهو أولى : لأن كلامه هنا في العيب الحادث بعد القبض اذا كان سببه متقدما ، والحادث في هذه المسائل بعد القبض تلف يثبت الانقراض عند من يقول انه لا عيب موجب للرد : فلنؤخر الكلام في شرح هذه المسائل الى الفصل الذي عقده المصنف لها ، فللمشاركة المذكورة ولأن التلف في ذلك منزل منزلة العيب حتى يرجع عند الجهل بالأثر لتعذر الرد بالتلف : ولذلك أدخله المصنف رحمه الله في فصول الرد بالعيب كما سيأتى ان شاء الله تعالى ، ولفعل الأولين مرجح سأذكره قريبا ان شاء الله تعالى .

واعلم أن صورة مسألة الكتاب هنا فيما اذا لم يترتب على القطع تلف . أما لو اتفق ذلك فالحكم كما سيأتى في هذه المسائل في آخر الباب ان شاء الله تعالى .

(تنبيه) جزم المصنف بالتسوية بين قطع اليد بالسرقة وبالقصاص ، وكذلك شيخه القاضي أبو الطيب والرافعي . وقال الماوردي : ان في القصاص لا يرد اتفاقا لأن القود لا يتحتم ويصح العفو عنه والقطع في السرقة لا يصح العفو عنه .

(تنبيه آخر) نظر الأصحاب الخلاف في هذه المسائل بالقولين نبما اذا علق في حال الصحة بصفة . ثم وجدت الصفة في مرض الموت ، هل يعتبر من رأس المال أو من الثلث ؟ .

(تنبيه آخر) كثير من الأصحاب منهم القاضي أبو الطيب والقاضي حسين والرافعي ذكروا مسألة القطع مبنية على مسألة القتل بالجنانية وأخواتها ، ولذلك قدموا الكلام فيها وقدموا مسألة القطع عليها بخلاف ما فعل المصنف ، فإنه آخر مسألة الجنانية . وحكى الخلاف في كل منهما من غير بناء وترجح فعل الأولين بأن مسألة القطع غير منصوصة للشافعي فيما يظهر من كلامهم . ومسألة الجنانية منصوص على أصلها ، وأبو الطيب يقول : ان قول أبي اسحاق فيها هو مذهب الشافعي ، وظاهر ذلك أنه منصوص عليه ، وسيقع الكلام في ذلك عند ذكر المصنف له ان شاء الله تعالى .

وممن وافقهم على البناء المذكور الروياني في البحر ، وقال فيه :
ان بعض أصحابنا بخراسان قال : اذا قلنا بالأول لا يرد بل يرجع
بما بين قيمته سارقا مقطوعا وقيمه غير مقطوع بالسرقه من الثمن ،
قال : وهذا ضعيف (قلت) ومراده بالأول قول أبي اسحاق • وعبر
الروياني عنه بأنه قول الثسافعي ، لكن هذا الذي نقله عن بعض
الخراسانيين لا يكاد يفهم •

(فرع) اذا رضى بالقطع واطلع على عيب آخر فله الرد
ان جعلنا القطع من ضمان البائع والا فلا • قاله القاضي حسين •

(فرع) اذا كان عليه حد بالسياط فاستوفى بعد القبض ،
فان مات فالحكم كما سيأتى في أواخر الباب ، وان سلم فالحكم
كما مر في السابق ، فاستحقاق الحد بالسياط كاستحقاق القطع بالسرقه
والقصاص • قاله صاحب التتمة •

(فرع) عبد عليل به أثر السفر ، فقال سيده لرجل : اشتر
منى هذا العبد فان مرضه من تعب السفر ويزول عن قريب ، فاشتره
فازداد مرضه ولم يزل ، قال القاضي حسين في الفتاوى : ليس له
الرد لأنه غرر بنفسه وما غرره البائع •

(فرع) اذا وجدت ازالة البكارة من الزوج أو قطع اليد قبل
القبض ، وكان قد رضى بالزوجة والجنابة • فقد تقدم أنى لم أر نقلا
في جواز الرد بذلك ، والأقرب القطع بأنه لا يوجب الرد ، فلو وجد
مع ذلك عيب لم يرض به ، هل يكون زوال البكارة وقطع اليد مانعا
من الرد بالعيب الآخر ، لرضاء بالسبب أم لا ؟ الذي يظهر أن يقال
(ان) جعلنا وجود ذلك بعد القبض غير مانع مع العلم كما قاله
الرافعي بناء على أنه من ضمان البائع فهنا أولى (وان) جعلناه
مانعا ، وأنه يرجع بالأرض فهنا احتمالان مأخذهما أن المنع بعد
القبض لأجل وقوعه في يد المشتري أو لأجل العلم ؟ (ان قلنا)
بالأول لم يمتنع هنا لوقوعه في يد البائع (وان قلنا) بالثاني امتنع لوجود
العلم • ولم أر في ذلك نقلا (والأظهر) أن المنع بعد القبض لأجل
حدوثه في يد المشتري مع العلم بسببه ، وهذا المنوع مفتق قبل
القبض فلا يمنع الرد وان علم بالسبب ، لأن هذا عيب زائد على

ما علمه ولهذا أقول : انه لا يمتنع عليه الرد هنا : وان كنت استشكلت عدم امتناع الرد بعد القبض كما تقدم ، والله أعلم .

(فرع) عن أبى حنيفة أنه اذا قطع في يد المشتري رجع بنصف الثمن ووافق في مسائل التلف التى ستأتى ان شاء الله تعالى أنه يرجع بالجميع لأنه من ضمان المشتري .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا وجد المشتري بالمبيع عيبا لم يخل اما أن يكون المبيع باقيا على جهته أو زاد أو نقص ، فان كان باقيا على جهته وأراد الرد لم يؤخره ، فان أخره من غير عذر سقط الخيار ، لأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، فكان على الفور كخيار الشفعة) .

(الشرح) للمبيع المبيع خمسة أحوال : أن يكون باقيا على جهته ، أو زائدا أو ناقصا . أو زائدا من وجهه وناقصا من وجهه أو تالفا ، ذكر المصنف الثلاثة الأولى وعقد لكل منها فصلا . وذكر الخامسة في فصل بعد ذلك ولم يذكره في القسم هنا ، لأنه لا يقال وجد العيب بالمبيع بعد تلفه . وهو يقسم فيما اذا وجد بالمبيع عيبا ، ولو أريد (وجد) العلمية التى تتعدى الى مفعولين صح إطلاقها بعد التلف ، لكن ظاهر كلامه أنها من وجدان الضالة . وذلك يستدعى موجودا .

وأما الزائد من وجهه والناقص من وجهه فاما أن يكون المراد أن الأمر لا يخلو عن ذلك . فالقسمة حينئذ حاضرة . واما أن يكون تركه لأن حكمه يعلم من القسمين : وقلماً يقع التعرض له ، وعطفه بأو على (أما) غير متضح من جهة العربية . وكثيرا ما يقع ذلك في كلام المصنفين . وكذلك قوله : أو زاد . وكان الأولى أن يقول : زائدا عطفا على ما هنا (١) .

(١) كذا بالنسخة المطبوعة وتحريرها « عطفا على باقيا » وفات السارح أن يقول : أو ناقصا أيضا ونقص في عطفا على زاد متوجهة (المصطفى) .

(أما الأحكام) فإذا كان المبيع الذى ظهر به العيب باقيا بحاله : فقد تقدم أنه يخير بين امساكه ورده ، فان أراد رده فخير الرد على الفور عندنا وعند جمهور العلماء ، وكنت أحسب أن ذلك مجمع عليه حتى رأيت ابن المنذر نقل عن أبى ثور أنه لا يكون الرضا الا بالكلام ، أو يأتى من الفعل ما يكون فى المعقول فى اللغة أنه رضا ، فله أن يرد حتى تنتقضى أيامه ويستمتع لأنه ملكه ، وكذلك نقل ابن حزم فانه قال : لا يسقط الرد الا باحدى خمسة أشياء مطبقة بالرضا ، أو خروجه كله أو بعضه عن ملكه ، أو ايلاد الأمة ، أو موته ، أو ذهاب عين الشيء أو بعضه ، قال : وهو قول أبى ثور وغيره . انتهى .

ومن يعمد أقوال أبى ثور وجوها يلزمه أن يجعل هذا وجهها من المذهب ، وهو فى غاية الغرابة . ونقله ابن المنذر عن جماعة من العلماء المتقدمين فتاوى متحملة لثلاث يكون الرد على الفور ومحملة لخلافه ، فلذلك لم أذكرها ، ولعلى أذكرها بعد هذا فى تفصيل الأشياء المبطله للخيار ان شاء الله .

وقد استدلل الأصحاب بكون الرد على الفور بدليلين (أحدهما) أن الأصل فى البيع اللزوم ، وذلك متفق عليه ، ومن الدليل فيه قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث : « المتبايعان بالخيار وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع » متفق عليه ، وذلك يقتضى لزوم العقد من الجانبين ، وأنه لا خيار بعد التفرق ، ثم انا أثبتنا الخيار بالعيب بالدليل الدال عليه من الاجماع وغيره ، والقدر المحقق من الاجماع ثبوته على الفور ، والزائد على ذلك لم يدل عليه اجماع ولا نص ، فيجوز فيه على مقتضى اللزوم جمعا بين الدليلين ، وتقليلا لمخالفة الدليل ما أمكن ، ولأن الضرر الذى شرع الرد لأجله يندفع بالبدار ، وهو ممكن ، فالتأخير تقصير فيجوز عليه حكم اللزوم الذى هو الأصل .

(الدليل الثانى) ما ذكره المصنف رحمه الله من أن القياس على خيار الشفعة وفيه احترازا . قال ابن معن : احتراز بقوله :

ثبت بالشرع من خيار الشرط في البيع • ويقولوه : لدفع الضرر عن المال عن خيار الأمة اذا عتقت تحت عبد (اذا قلنا) ليس الخيار على الفور ؛ ومن خيار المرأة بالمطالبة بالعنة أو الطلاق في الايلاء • ومن الخيار بين القصاص والدية • وقد أجاد في ذلك وزاد غيره خيار العنة أيضا كخيار الأمة • قال بعض الفضلاء : وهو منقوض بخيار المجلس فانه ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال • وليس على الفور ، وهذا النقض مندفع بأن خيار المجلس ثبت رفقا بهما كما قاله المصنف رحمه الله في أول البيع ، وذلك على وجه التروى والنظر في المصلحة ، لا لدفع الضرر المحقق ، فانه قد لا يكون ثم ضرر أصلا ، ولا يستند الى ظهور وصف في البيع •

وبعد أن كتبت هذا رأيت هذا المعنى بعينه لأبى محمد عبد الله ابن يحيى الصعبي في كلامه على المذهب الذي سماه « غاية المفيد ونهاية المستفيد » وجعل قوله لدفع الضرر احترازا من خيار المجلس ، فانه ثبت للارتقاء والنظر ، وقد يرد على المصنف في ذلك خيار التصرية على قول أبى حامد والمروالروذى كما تقدم ، فانه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، ومع ذلك يمتد الى ثلاثة أيام عند أبى حامد ، وقد يجاب عن هذا بأن أبى حامد يجعل ثبوته ثلاثا بالحديث ، ولا يجعله لكونه عيبا بدليل أنه يثبت مع العلم ، واذا كان كذلك فلا يكون لدفع الضرر عن المال • وقد يورد على المصنف أيضا الخيار الذي أثبته النبي صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ • فان ذلك خيار ثابت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، وهو يمتد ثلاثة أيام ، ويجاب عنه بأن ذلك مختص بحبان بن منقذ كما أشار اليه الشافعى رضى الله عنه فيما تقدم • ويجاب عن كل من هذا وخيار المصراة على قول أبى حامد بأنهما خارجان من مقتضى القياس المذكور بالنص على خلاف القياس ، فيبقى فيما سواهما على مقتضاه •

وقد يورد على المصنف أنه قاس في باب الشفعة سقوط الخيار بتأخير الطلب من غير عذر على الرد بالعيب • وههنا قاس الرد بالعيب على الشفعة : وأجابوا عن هذا بأن قياس الرد بالعيب على الشفعة ورود الخبر فيها ، وقياس الشفعة على الرد بالعيب لأن الشفعة

تردد قول الشافعي فيها بخلاف الرد بالعيب ، فان أكثر العلماء اتفقوا على أنه على الفور ، وعدوا ذلك من محاسن المذهب . وإذا تأملت كلام المصنف في باب الشفعة حكمت بعدم صحة السؤال لأنه لما قال : انها على الفور على الجديد ، استدل له بالحديث ثم قال : فعلى هذا ان آخر الطلب من غير عذر سقط ، لأنه على الفور فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب وهذا الكلام يقتضى المغايرة بين الحكمين ، وأن سقوط الخيار بالتأخير هو المقيس على الرد بالعيب ، وهو غير كونه على الفور الثابت بالحديث وهنا في الرد بالعيب ، المقصود اثبات كونه على الفور بالقياس على الشفعة ، فالمقيس هناك على الرد بالعيب غير المقيس هنا على الشفعة ، فلا سؤال ولا اشكال ولا حاجة الى الجواب المذكور . ولكن لك أن تقول : ان كان السقوط بالتأخير من غير عذر ظاهر اللزوم لكون الخيار على الفور ، ولا حاجة في الشفعة الى قياسه على الرد بالعيب ، وأن لم يكن كذلك فلا يكفي الرد بالعيب لثبوته ، ان ثبت أنه على الفور ، بالقياس على الشفعة ، كما هو مدلول كلام المصنف هنا . فيحتاج الى الجواب المذكور .

وقد خطر لى في الجواب عن ذلك والاعتذار عن المصنف في جعله سقوط الشفعة بالتأخير بعد تقرير كونه على الفور منشأ على الرد بالعيب مسألة غريبة نقلها أبو سعد الهروي عن تعليق البندنجي ، أن الشافعي رضى الله عنه نص في اختلاف العراقيين على القول الصحيح أن الشفعة على الفور للشفيع خيار المجلس لأنه قال : ولو عفا عن الشفعة ثم تركها ، ثم بدا له فأراد المطالبة بها ، كان له ما دام في المجلس .

قال الهروي : ووجهه أن العفو تقرير لملك المشتري لجهة المعارضة ، فيعقب بخيار المجلس كالشراء وعكسه الإبراء عن الدين فانه إسقاط محض . ولم يتضمن تقرير ملك في غيره .

(قلت :) فعمل المصنف رحمه الله اطلع على هذا النص القائل بأن الشفعة لا تبطل بالعفو ما دام في المجلس على قول الفور ،

ولا شك أن التأخير أولى بعدم البطلان ، فأراد أن يدفع ذلك بالقياس على الرد بالمعيب ، وهذا ينبغي السؤال عنه ، على أنى نظرت باب الشفعة من اختلاف العراقيين نظر العجل (١) ، فلم أر هذا النص فيه ، وهو غريب مشكل ، ورأيت في كتاب أحمد بن بشرى (٢) الذى جمع فيه من نصوص الشافعى ما يوافق ، فانه قال : وتسليم الشفعة أن يقول سلمت شفعتى أو تركتها أو ما أشبهه ، ثم يفارو الشهود الذين قال بين أيديهم : قد سلمت شفعتى ، فان لم يفاروهم حتى يقول : أنا على شفعتى ، فذلك نه ، وهذا هو ذاك النص بعينه وأيضا فقد اختلف الأصحاب فى خيار المجلس فى الشفعة ، وفسره بعضهم بأنه يخير بين الأخذ والترك فى المجلس (وان قلنا) بالفور فما قاله المصنف يدفعه .

(فرع) اذا ادعى البائع أن المشتري أخسر الرد بعد العلم ، وأنكر المشتري فالقول قول المشتري مع يمينه ، قاله الرويانى عن جامع القاضى أبى حامد .

(فرع) أطلق المصنف رحمه الله أن التأخير من غير عذر يسقط الخيار ، والمراد بذلك أن يبادر على العادة . قال أصحابنا : فلا يؤمر بالعدو والركض ليرد ولو كان مشغولا بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة فله الخيار الى أن يفرغ وكذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها فلا بأس ، وكذا لو لبس ثوبا وأغلق بابا . قال الماوردى والرافعى : ولو وقف عليه ليلا فله التأخير الى أن يصبح ، وقال الهروى فى الاشراف : الى ضوء النهار ، وهما راجعان الى معنى واحد ، هكذا أطلق الماوردى والرافعى جازما بذلك اعتبارا بالعرف .

وقال صاحب التتمة : اذا اطلع بالليل ولم يتمكن من حضور مجلس الحكم ، ولا من استحضار الشهود ليفسخ بحضرتهم ولا من اخبار

(١) العجل : بفتح العين وكسر الجيم .

(٢) لم أجد ذكر لأحمد بن بشرى الذى كثر وروده فى كلام السبكي فى طبقات ولده فظننت أنه أحمد بن بشر المعروف بابى حامد المروالروذى ولكن صرفنى عنه نقله كثيرا عن أبى حامد بهذه الكنية والنسبة والله تعالى أعلم بالمراد (المطيعى) .

البائع بذلك . فعامة أصحابنا قالوا : لابد أن يقول في الوقت فسخت ، والا سقط حقه ، وكان القفال يقول : لا يبطل ، بل يؤخر حتى يحضر البائع أو الشهود أو يحضر مجلس الحكم . وانظروا أن صاحب التهمة يطرد هذا الخلاف في تأخر الفسخ بالمعذر مطلقا ، ويشمل ذلك الصور المتقدمة من الأكل وقضاء الحاجة ونحوه ، ويكون ذكر هذه الأعذار المتقدمة انما تستمر على رأى القفال ويحتمل أن يكون ذلك مختصا بالليل ، لما فيه من التأخير كما يقوله في الغيبة والمرض أنها الأعذار المتقدمة فلا يعد في العرف تأخيرا ، وهذا الاحتمال الثانى أوفق لكلام الرافعى واشترط صاحب التهمة عدم التمكن في الليل يقتضى أنه متى تمكن فيه كان كالنهار ، وكذلك قال ابن الرفعة : لا فرق بين الليل والنهار اذا تمكن من المسير فيه من غير كلفة : أما اذا كان فيه كلفة فله التأخير الى الصباح ، وهذا وان كان المعنى والفقه يقتضيه فلم أر التصريح به لغيره .

قال البغوى وابن أبى عسرون : انه في الليل لا يلزمه تعجيل الفسخ ، ولا الاشهاد على نفسه بالرد في أصح الوجهين . وهذا الوجه الذى أشار اليه يسلكه مسلك الغيبة ، وسيأتى الكلام فيها ان شاء الله ، ولو لقي البائع فرد عليه قبل سلامه صح ، ولو رد عليه بعد سلامه صح أيضا ، خلافا لمحمد بن الحسن ، قاله الماوردى والرافعى وغيرهما ، وفي بعض الشروح للتنبيه حكاية وجهين في كون السلام عذرا هو بعيد ، وان كان الامام قال في الشفعة : ان من عده في اشتراط قطع ما هو مشغول به من الطعام وقضاء الحاجة لا يبعد أن يشترط ترك الابتداء بالسلام ، ولو علم به وهو ممنوع بعته أو مرض كان على حقه الى أن يزول المنع . قاله الماوردى .

وسيأتى كلام كثير في حالة الغيبة ، لو لم يتم الغرض الا باستيفائه فهذه كلها أعذار احترز عنها المصنف رحمه الله بقوله : من غير عذر . وقال الأئمة : ان الكلام في المبادرة وما يكون تقصيرا وما لا يكون محله كتاب الشفعة ، وأحالوا الكلام هنا عليه ، وقد حكوا هناك وجها أنه يلزمه اذا اطلع على الشفعة قطع ما هو عليه من طعام ، والخروج من الحمام والنافلة ونحو ذاك ، تحقيقا للبدار ، قال ابن الرفعة : ومثله لا يبعد جريانه ههنا لأنهما في قرن ، وعد ابن الرفعة من

الإعذار اباق العبد قبل القبض . فان المشتري اذا اطلع عليه وأخر
لا يسقط حقه ، بل لو صرح باسقاطه لم يسقط على الصحيح .

(قلت) والحكم كما ذكر : ولكن ذلك لأن السبب متجدد في
كل وقت ، فلا يحصل حقيقة التأخير فلا يحسن عده في جملة الأعذار .

(فرع) وأما الذي لا يكون عذرا فكثير (منها) لو بادر حين
العلم بالعيب فلقى البائع فأخذ في محادثته ، ثم أراد الرد فلا رد له ،
قاله الماوردي والرافعي وغيرهما ولو أخر الرد مع العلم بالعيب
ثم قال : أخرت لأنني لم أعلم أن لى حق الرد — فان كان قريب
العهد بالاسلام ، أو نشأ في برية لا يعرفون الأحكام — قبل
قوله ، ومكن^(١) والا فلا ، وعن الفروع حكاية قولين كالأمة اذا ادعت
الجهالة بالحكم . ولو قال : لم أعلم أنه يبطل بالتأخير قبل^(١) قوله ، لأنه
مما يخفى على العوام هكذا قال الرافعي .

وقال النووي : انما يقبل قوله ، ولم أعلم أن الرد على الفور ،
وقول الشفيع : لم أعلم أن الشفعة على الفور ، اذا كان ممن يخفى
عليه مثله ، وقد صرح الغزالي وغيره بهذا في كتاب الشفعة .

(قلت) وفي الاطلاقين نظر ، ويتعين أن يقال : يقبل قوله
اذا كان ممن يخفى عليه أو مجهول الحال ، أما من علم أنه لا يخفى
عليه فلا يقبل قوله ، وعلى هذا يحمل اطلاقهم ، وحيث بطل حق الرد
بالتقصير يبطل حق الأرض أيضا .

(فرع) لو اطلع على عيب قبل القبض ، تلزمه المبادرة على
الفور أيضا ، على ما يظهر من كلامهم ، ولا يقال : ان له التأخير الى
القبض لأن كل ما كان قبل القبض من ضمان البائع ، ودوام العيب
عيب .

(فرع) فيه تحقيق الكلام في الفور وكيفية الرد وحال الغيبة
والمرض ؟ قال القاضي حسين عن عامة الأصحاب : ان عليه الفسخ
على الفور . وعن الشيخ وهو القفال ان له التأخير الى حضور مجلس

(١) مكن ، وقيل : بضم اوله وكسر ثانيه بالبناء للمجهول .

الحكم : هكذا رأيت في تعليقه . وأراد أبو سعيد الهروي في النقل عن القاضي حسين أنه رد على القفال ، وقال : سبيله أن يفسخ الواقع منه لتيسر الأثبات له ، ويقرب منه ما تقدم عن صاحب التتمة ونقل عن عامة الأصحاب في الليل أنه لا بد من تلفظه بالفسخ . وعن القفال انه يؤخر الى وجود البائع او الشهود أو مجلس الحكم .

قال الامام : ان تمكن من الفسخ بين يدي قاض فلا عذر في التأخير ، وان لم يحضر خصمه ولم يتمكن من الاتسهاد فليبتدر الرفع الى القاضي بحيث لا يعد تقصيرا في العرف ، ولا يلزمه النطق بالفسخ قبل الحضور . فان رفع الى الحاكم مع حضور الخصم بطل حقه على المذهب . وان لم يجد الغريم فامكنه أن يتلفظ بالرد ويشهد فلم يفعل ، ورفع الى القاضي فوجهان .

وقال الغزالي في البسيط : ان نهض الى البائع كما اطلع لم يكن مقصرا ، وان لم يكن حاضرا ورفع الى القاضي فليس مقصرا ، وان فسخ في بيته واتسهد فليس مقصرا ، وان رفع الى القاضي مع حضور الغريم بطل حقه على المذهب . وان لم يكن الغريم حاضرا وأمكن الاتسهاد ، فلم يشهد ورفع الى القاضي فوجهان ، وهو موافق لكلام الامام ، وجزمه أولا بأنه اذا رفع الى القاضي ليس مقصرا محمول على ما اذا لم يمكن الاتسهاد ، جمعا بين أول كلامه وكلام الامام أنه يرد على الغريم ، فان لم يحضر فالاشهاد ، أو يكتفى بالحاكم وجهان ، فعلى أحد الوجهين الغريم ثم الاتسهاد ثم الحاكم ، وعلى الوجه الآخر الغريم ثم الاتسهاد أو الحاكم في رتبة واحدة ، وهذا اذا لم يكن حاضرا في مجلس الحكم ، فان كان حاضرا بين يدي القاضي فلا يعذر في التأخير ، كما قدمه الامام .

وقال في الوسيط : ان كان العاقد حاضرا فليرد عليه في الحال ، وان كان غائبا فليشهد على الرد اثنين ، فان عجز فليحضر مجلس القاضي فان رفع الى القاضي والخصم حاضر فمقصر ، وان كان الشهود حضورا فرفع الى القاضي فوجهان ، اذ في الرجوع الى القاضي مزيد تأكيد : فاقضى هذا الترتيب الغريم ثم الاتسهاد ثم الحاكم ، وقيل الغريم ثم الاتسهاد أو الحاكم في رتبة واحدة .

وقال في الوجيز : ترد عليه في الوقت ان كان حاضرا ، وان كان غائبا أشهد شاهدين حاضرين ، فان لم يكن حاضرا عند القاضي فوافق ما في الوسيط ، قال الرافعي : وفي الترتيب المذكور اشكال يعني الذي في الوسيط والوجيز . قال : لأن الحضور في هذا الموضع اما أن يعني به الاجتماع في المجلس ، أو الكون في البلد فان كان الأول فاذا لم يكن البائع عنده ولا وجد الشهود ، ولم يسمع الى القاضي ولا سعى الى البائع والملائق لمن يمتنع من المبادرة الى القاضي اذا وجد البائع أن يمنع منها اذا أمكنه الوصول اليه وان كان الثاني فأى حاجة الى أن يقول شاهدين حاضرين ؟ •

ومعلوم أن الغائب عن البلد لا يمكن اشهاد ، ثم على التفسيرين فكون حضور مجلس الحكم مشروطا بالعجز عن الاشهاد بعيدا ، اما على الأول فلأن حضور مجلس الحكم قد يكون أسهل عليه من احضار من يشهده أو الحضور عنده ، واما على الثاني فلأنه لو اطلع على العيب وهو حاضر في مجلس الحكم ينفذ فسخه ولا يحتاج الى الاشهاد ، بل يتعين عليه ذلك ان أراد الفسخ ، فظهر أن الترتيب الذي يقتضيه ظاهر لفظ الكتاب غير مرعى • انتهى كلام الرافعي • ووافقه النووي على هذا الاشكال وقال : ان الترتيب الذي ذكره الغزالي مشكل خلاف المذهب وقال الرافعي : ان الذي فهمه من كلام الأصحاب ان البائع ان كان في البلد رد عليه بنفسه أو بوكيله ، كذا لو كان وكيله حاضرا ولا حاجة الى المرافقة ، فلو تركه ورفع الأمر الى مجلس الحكم فهو زيادة توكيد وحاصل هذا تخييره بين الأمرين •

وان كان غائبا عن البلد دفع الأمر الى مجلس الحكم ، والى أن ينتهي الى الخصم أو القاضي في الحالين لو تمكن من الاشهاد على الفسخ هل يلزمه ؟ وجهان • قطع صاحب التتمة وغيره بال لزوم ، ويجرى مجرى الخلاف فيما اذا أخر بعذر من مرض أو غيره ، ولو عجز في الحال عن الاشهاد فهل عليه التلفظ بالفسخ ؟ وجهان • (أصحابهما) عند الامام وصاحب التهذيب لا حاجة اليه ، انتهى ما ذكره الرافعي وهو مخالف لما قاله الامام والغزالي في كون الرفع الى القاضي مع حضور الخصم مبطلا ، كما يقوله الامام ، وعند الرافعي هو مخير بينهما ومخالف له أيضا في الاكتفاء بالاشهاد عن الحضور الى الحاكم

كما يقتضيه كلام الغزالي في انبسيط والوجيز ، وصدر كلام الامام في النهاية .

وعلى ما قاله الرافي لا يكتفى بذلك جزما ، ولا يجوز التشاغل به عن الحاكم وزائد على كلام الامام والغزالي بلزوم الاشهاد عند الامكان الى ان ينتهي الى الخصم أو القاضي في الحالين على ما قطع به صاحب الفتنة وغيره . وان كان آخر كلام الامام والغزالي في البسيط يمكن حمله على الوجهين في ذلك الذي حكاها الرافي ، لكنه ان صح حمله على ذلك قاصر على الحاكم دون الخصم ، فهذه الأمور الثلاثة في كلام الرافي رحمه الله ، وفي كلام الامام زيادة بيان أنه ان تمكن من الفسخ بين يدي قاض فلا عذر في التأخير ، ومقتضى ذلك أنه مقدم على الجميع ، وهو كذلك بلا نزاع ، فقول الرافي انه يخير بين الأمرين ان أراد في غير مجلس الاطلاع وهو الظاهر فبقيت عليه هذه الحالة لم يذكرها ، وان أراد مطلقا اقتضى أنه من الحاكم ، ويذهب الى البائع أو يترك البائع في المجلس ويذهب الى الحاكم . وسنذكر عن ابن الرفعة ما فيه . وما ذكره الرافي من أن الأصح عند الامام وصاحب التهذيب أنه لا حاجة الى التلطف بالفسخ عند العجز مخالف لما تقدم عن القاضي حسين ونقله عن عامه الأصحاب وموافق لما نقله عن القفال ، وفيما ذكره الرافي من التخيير بحيث لا بد من معرفته سأفرد له فرعا في آخر الكلام ان شاء الله تعالى .

وقال ابن الرفعة في الكفاية ، على سبيل الايراد على الغزالي : ان الامام ذكر في الشفعة أن الشفيع لو ابتدر مجلس الحكم فهو فوق مطالبة المشتري ، وحكيا معا وجهين فيما اذا تمكن من الاشهاد وتركه ، ودفع الى القاضي ، وهذا يدل على أن المضي الى القاضي أقوى من لقاء الخصم ، وأن الاشهاد أقوى من المضي الى القاضي هكذا كلامه في الكفاية . وقال في المطلب : ان مراد الغزالي هنا في الوسيط والوجيز بالحضور الحضور في البلد ، وكذلك مراده في البسيط هنا ويظهر على ذلك أن الرفع الى القاضي مع حضور الخصم في البلد ليس بتقصير ، بل هو فوقه لاحتمال المنازعة .

وأما الرفع الى القاضي مع حضور الشهود مجلس الاطلاع ، ففيه الوجهان ، ثم قال ابن الرفعة : انه على قولنا لا يجب الفسخ بحضرة

الشهود ، فهل يجب عليه أن يشهد أنه طالب للرد ؟ يشبه أن يكون فيه وجهان كالشفعة • ومن ذلك ان صح ينتظم ثلاثة أوجه ، ثالثها الاشهاد يعتبر عند تيسره على طلب الرد ، لا على نفس الرد •

(قلت :) والصحيح كما تقدم عن الرافعي أنه يلزمه الاشهاد على نفس الرد ، وأما الاشهاد على أنه طالب الرد ولا يكفي فانه ههنا يمكنه انشاء الرد بحضرة الشهود وفي الشفعة لا يمكنه الأخذ الا بأمور هي مقصودة اذ ذاك ، فليس المقدور في حقه الا الاشهاد على الطلب ، ثم اعترض ابن الرغفة على نفسه بأن الامام والغزالي في البسيط قالوا في الشفعة : ان الشفيع اذا ترك مطالبة المشتري مع الحضور ، وابتدر الحاكم فهو فوق مطالبه المشتري • وهذا المعنى يجوز أن يقال في حالة حضور المشتري في البلد ، وحضوره مجلس الاطلاع على الشفعة ، ويجوز أن يقال مثله في الحاليين في الرد بالعيب ، اجاب بأنه يحمل ما ذكره في الشفعة على حالة غيبة المشتري عن مجلس الاطلاع عليها ، لأن في حالة الحضور لا خلف على الشريك في قوله : أنا طالب بالشفعة أو تملكتم بها ، أو وجد بدل المال ، فان نازعه المشتري اذ ذاك رفعه الى الحاكم ، وفي حال غيبة المشتري عن مجلس الاطلاع لابد من المضي اما له أو للحاكم ، فكان مخيرا بينهما [أيهما] أحوط ، وهكذا لا تباين بين الكلامين •

قال : وهذا قلته بناء على ما صار اليه معظم الأصحاب من أنه اذا أمن الرد على (١) لا يعذر بطلب الحاكم • أما اذا قلنا بما صار اليه القفال فيما حكى القاضي عنه فلا فرق بين الحاليين في جواز تأخير الطلب الى وقت الحضور بين يدي القاضي كما [أن] ذلك مقتضى اطلاق القاضي في تعليقه عنه ولا جرم ، قال الامام مشيرا الى هذا الوجه : لو كان الردود عليه حاضرا فابتدر القاضي فظاهر المذهب أنه يبطل حقه ، لكن حكاية الهروي عن القفال لا تدخل حالة قصوره مع البائع ، بل حال غيبته وتمكنه فيها من الاشهاد ، واذا كان كذلك ظهر صحة ما قال الغزالي من الجزم بأنه يقصر ، يعني اذا رفع الى القاضي والخصم حاضر • أي في مجلس الاطلاع •

(١) بياض بالأصل ولعل السقط (طالب الشفعة فانه . . .)

(المطيعي)

(قلت) ما حكى الهروى عن الشيخ أبى حامد أن الرفع الى القاضى والطلب منه أن يحضر المشتري حتى يأخذ منه بالشفعة تطويل يبطل الحق . قال ابن الرفعة : وقد ينحل ما ذكرناه على ما يختاره من فهم كلام الوسيط اتباعا لما فى الوجيز أن تأخير الرد بحضرة القاضى قد جمعهما مجلس الاطلاع تقصير جزما . وكذا تأخيرها اذا اجتمع هو والمالك فى مجلس الاطلاع وفيه ما سلف عن الامام ، وقد عرفت اندفاعه ، وعند عدم حضور البائع مجلس الاطلاع لكنه حاضر فى البلد ، هل يجعل بترك الاشهاد قبل الانتهاء اليه مقصرا ؟ وجهان جاريان فيما اذا كان غائبا عن البلد وترك الاشهاد قبل الانتهاء الى القاضى ، المفهوم منهما فى الوجيز أنه غير مقصر ، ولو لم يقدر على الاشهاد فى حال حضور البائع فى البلد أو غيبته عنها فلا تقصير الا باهمال طلب البائع أو القاضى .

وهل يكون طلب القاضى تقصيرا فى حال حضور البائع فى البلد وتيسر طلبه قبل طلب القاضى ؟ فيه الوجهان عن القفال وغيره ومع ذلك لا يتوجه على الغزالى ما ذكرته فى الكفاية وذكره الرافعى فيما يظنه غليظا .

(قلت :) وملخص ذلك أنه ان حضر البائع مجلس الاطلاع رد جزما ، وان حضر المشتري مجلس الاطلاع فكذلك ، لا على ما يفهمه كلام القاضى حسين من النقل عن القفال ، وان لم يحضر أحد منهما مجلس الاطلاع وحضر فى البلد فعلى ما قاله الرافعى ، واقتضى كلام الامام فى الشفعة أنه يكون مخيرا بين البائع والحاكم . وقال ابن الرفعة : انه فى هذه الصورة الوجهان عن القفال وغيره ، يعنى فيكون التخيير على رأى القفال خاصة . وعامة الأصحاب على خلافه ، وليس بصحيح لأنه قد وافق عند تأويل كلام الامام والغزالى فى الشفعة أن الرفع الى الحاكم أخوط . فهذه مناقشة فى كلام ابن الرفعة . وأيضا مناقشة ثانية ، هى أن كلام الغزالى فى الوسيط جعل الحضور الى القاضى عند العجز عن الشهود ، وذلك يوهم الاكتفاء بالشهود ، ولم يقل به أحد من الأصحاب فيما علمته عند القدرة على القاضى أو البائع . ومناقشة ثالثة وهى أن ما ذكره لا يدفع اعتراض الرافعى فى قوله : لم يسع الى القاضى ولا يسعى الى البائع كما يقتضيه كلام الغزالى .

(وقوله) ان حضور مجلس الحكم قد يكون أسهل من احضار الشهود ، فيكون الحضور الى القاضى مشروطا بالعجز عن الشهود [وهو] كما يقتضيه كلام الغزالي بعيد ، وما ادعاه ابن الرفعة من ارادة حضور مجلس الحكم صحيح ولكن لا يدفع سؤال الشافعى رحمه الله ، فقد ظهر أن اشكال كلام الغزالي باق بحاله ، فان اتضح بعض مراده وتلخيص الحكم على الصحيح الذى تحصل من كلام الرافعى وغيره ، وفى كل من الحالتين يجب الاشهاد اذا تيسر قبل الانتهاء الى البائع أو الحاكم على الأصح ، ولا يجب التلطف بالفسخ قبله على الأصح ، وتلخيصه بأيسر من هذا على الصحيح .

وسأفرد للكلام فى ذلك فرعا ، ولك أن تعبر بعبارة مختصرة فتقول : تجب المبادرة الى البائع أو الحاكم ، فان مر فى طريقه الى أحدهما بالآخر ولقى شهودا وجب اشهادهم قبل ذلك فى الأصح ، واذا أردت تمييز المراتب فاعلم أن المرتبة الأولى أن يحضر مع الحاكم فى مجلس الاطلاع غيبادر ولا يؤخر قطعا ، على ما قاله ابن الرفعة وأقتضاه كلام الامام .

(الثانية) أن يحضر البائع مجلس الاطلاع فكذاك لا على ما يقتضيه نقل القاضى حسين عن القفال أنه له التأخير الى حضور مجلس الحكم حذرا من انكار البائع .

(الثالثة) حضور الشهود مجلس الاطلاع فلا يعذر فى التأخير لامكان الاتبات بهم ، ولم أر تصريحاً بنقلها الا ما تقدم من اطلاق أنه يجب الاشهاد قبل الانتهاء الى الحاكم والبائع ان أمكن على الأصح ، ومقتضى ذلك أن يأتى ذلك الوجه هنا أيضا ، وقد قدمت ما فيه ، ففى هذه الصور الثلاث متى أخر عن مجلس الاطلاع بطل حقه اما جزما أو على الأصح . وظاهر هذا الاطلاق يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون الحاكم أبعد من البائع أو أقرب . وقد يقال ينبغى أنه اذا كان يمر فى مضيهِ الى أحدهما بالآخر يعذر ، كما لو كان معه فى مجلس الاطلاع فلا يعذر فى التأخير عنه الى أن ينتهى الى الآخر . وقد قدمت ذلك أيضا . وسنعيد الكلام فيه (١) .

(الخامسة) أن يكون الموجود في البلد واحدا منهما ، اما الحاكم أو البائع فلا شك في تعيينه •

(السادسة) اذا لم يكن واحد منهما في البلد تعين الاشهاد •

(السابعة) اذا كان الشهود في البلد وتيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الاشهاد على الصحيح • وقال الغزالي في الشفعة : ان المذهب أنه لا يجب •

(الثامنة) اذا كان الشهود في البلد ولا تيسر بهم الاجتماع قبل البائع أو الحاكم فلا يجب المضي اليهم جزما •

(التاسعة) اذا كان الشهود في البلد تيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الاشهاد على الأصح ولا يكفي جزما •

(العاشرة) اذا لم يكن في البلد شيء من الثلاثة فهل يجب أن يتلفظ بالفسخ ؟ يأتي فيه الوجهان المذكوران في كلام الراغب في حالة العجز عن الاشهاد ، الأصح عدم الوجوب •

(فرع) اذا رفع الأمر الى الحاكم عند غيبة الخصم على ما تقدم فكيف يدعى ؟ قال القاضي حسين في فتاويه : يدعى شراء ذلك الشيء من فلان الغائب بثمن معلوم وأنه أقبضه الثمن ثم ظهر العيب ، وأنه فسخ البيع ويقيم البينة على ذلك في وجه مسخر ينصبه القاضي ويحلفه القاضي مع البينة ، لأنه قضاء على الغائب ، ثم يأخذ المبيع منه ويضعه على يد عدل ، والثمن يبقى ديناً على الغائب فيقضيه القاضي من ماله ، فان لم يجد له سوى المبيع باعه لقضاء دينه ، هكذا قاله القاضي ونقله الراغب عنه •

وقوله في الدعوى : انه فسخ البيع ، انما ذكره القاضي تفريعا على رأيه في أنه لا يؤخر الفسخ حتى يحضر الى الحاكم ، بل يفسخ عند الشهود أو وحده ، وأما على الأصح أنه لا يجب عليه التلفظ بالفسخ اذا لم يوجد الشهود وحضر عند الحاكم على ذلك فانه ينشئ الفسخ عنده ، وتكون الدعوى التي يقيم البينة عليها بالشراء وقبض الثمن وظهور العيب فقط • وقوله : ينصب مسخرا • تفريع على رأيه أيضا في الاحتياج اليه في الدعوى • والأصح عند غيره أنه لا يلزم القاضي

نصب المسخر وتحليفه بعد البينة على الأصح من المذهب في الدعوى على الغائب • وقيل : يستحب •

وقوله : « يقضيه القاضى من ماله » يشمل النقد وغيره • وهو فى النقد ظاهر وأما غير النقد فيحتمل أن يقال انه مثل البيع • فيتخير القاضى فى بيع ما شاء منهما ، ويحتمل أن يقال انه يتعين بيع المبيع لأنه أقرب الى مقصود البائع • فان عجز باع من غيره ليكملة • قال ابن الرفعة : وهو الذى يظهر • وليس كما قال لأنه ليس للبائع غرض فى أخذ الثمن من المبيع دون غيره ، بل هو وغيره سواء ، فينبغى أن يحمل كلام القاضى على ذلك ولا يحمل على ماله سوى المبيع ، لأنه لا يتعين فى ذلك ، والله تعالى أعلم •

(فرع) فأما اذا رفع الى القاضى فى حال حضور الخصم فى البلد على ما تقدم أنه مخير أو كان عند الحاكم فى مجلس الاطلاع على العيب ، وقد تقدم أن المعتبر حينئذ المبادرة الى الحاكم جزما ، فالظاهر أنه لا فائدة فى ذلك الا اعلام الحاكم بالفسخ ، وطلب غريمه ليدعى عليه وحينئذ لا اكتفاء بذلك عند الاشهاد مستمر على الصحيح أن القاضى يقضى بعلمه ، أما اذا منعنا من القضاء بالعلم فلا يفيد اخبار الحاكم بذلك وحده ، قبل مجئ الغريم ، واذا جاء الغريم لا يمكنه أن يقول : انه الآن كما اطلع على العيب ليقدم اعترافه عند الحاكم ، ولا يقبل قوله فى قوله : الفسخ فى ذاك الوقت ، ولا يمكن الحاكم أن يحكم له به تفريعا على منع الحكم بالعلم فيقف وهذا يحسن أن يكون مأخذا لتقديم الاشهاد وأنه لا يرفع الى الحاكم عند العجز على الاشهاد على ما اقتضاه كلام الوسيط • لكن ذاك يقتضى تقديمه على النهوض الى البائع أيضا ، وقد عرف بما ذكرته من علم الحاكم بتقديم علمه بالعيب ، وعدم انتفاعه بعلمه بالفسخ ، والله أعلم •

(فرع) الخصم الذى يرد عليه على وجه التعين أو التخير بينه وبين الحاكم من هو ؟ كلام المصنف ساكت عن ذلك ، واطلاق كلام الغزالي والرافعى أنه البائع ، وذلك يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون عقد لنفسه أو لغيره •

قال ابن الرفعة : وفى الثانية نظر (اذا قلنا) لا عهدة تتعلق بالوكيل ، وعلى كل حال فله الرد على الموكل (قلت) والكلام فى العهدة

معروف في موضعه ، فلذلك حسن الاطلاق ههنا محالا على البيان ، ثم وقد صرح الرافعي في آخر هذا الباب بأن له الرد على الوكيل وعلى الوصى ، يعنى اذا باشر الوصى أو الوكيل العقد وقد مر ذلك فيما اذا وصى اليه ببيع عبده وشراء جارية بثمنه واعتاقها ففعل ، ثم وجد المشتري عيبا بالعبد ، قام الوصى ببيع العبد المردود ، ويدفع الثمن الى المشتري .

قال : ولو غرض الرد بالعيب على الوكيل فهل للوكيل بيعه ثانيا ؟ فيه وجهان (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله كالوصى ليتم البيع على وجه لا يرد عليه (وأصحهما) لا ، لأنه امتثل المأمور ، وهذا ملك جديد فيحتاج الى اذن جديد ويخالف الايصاء فإنه تولية وتفويض ، ولو وكله بأن يبيع بشرط الخيار للمشتري (فان قلنا) ملك البائع لم يزل ، فله بيعه ثانيا (وان قلنا) زال وعاد ، فهو كالرد بالعبد ، ثم اذا باعه الوصى ثانيا ، فان باعه بأقل من الثمن الأول فالتقصان على الوصى ، أو في ذمة الوصى ؟ فيه وجهان (أحدهما) الأول ، وبه قال ابن الحداد .

وعلى هذا لو مات العبد في يده كما رد غرم جميع الثمن ، ولو باعه بأكثر من الثمن الأول لزيادة قيمة أو راغب دفع قدر الثمن للمشتري والباقي للوارث ، وان لم يكن كذلك فقد بان بطلان البيع الأول للعين ويقع عتق الجارية عن الوصى ان اشتراها في الذمة ، وان اشتراها بغير ثمن العبد لم ينفذ الشراء ولا الاعتاق وعليه شراء جارية أخرى واعتاقها بهذا الثمن على الوصى ، هكذا أطلقه الأصحاب ولا بد فيه من تقييد لأن بيعه بالعين وتسليمه عن علمه بالحال ، حكاية ينعزل بها ، ولا يتمكن من شراء جارية أخرى ، هكذا قال الرافعي . قال النووي : الصورة مفروضة فيمن لم يعلم .

(وأما) قول ابن الرفعة : على كل حال له الرد على الموكل ، يوهم أن ذلك بلا خلاف ، وليس كذلك بل الخلاف في العهدة فيهما جميعا ، فالصحيح مطالبتهما جميعا ، الوكيل والموكل ، وقيل : الوكيل دون الموكل ، وقيل : الموكل دون الوكيل والكلام هنا في الردود عليه ، فظهر أنه كذلك ، وقد ذكره في التحالف وذكروا خلافا فيه وفي ولى المحجور عليه اذا باشر العقد ، فأما الوكيل فلا شك في اتجاه رد الائتلاف هنا كما قلنا من العهدة .

(وأما) ولى المحجور ففيه الجزم بالرد عليه . والا فكيف الخلاص من رفع الجزم بالرد عليه الى الظلامة ، وكذلك القاضى ونائبه فى مال اليتيم .

وأما الوارث فإنه يرد عليه وقد جزم أصحابنا بجريان التحالف معه . وأما الرد بالعيب هنا فقد ذكر الراغى ما تقدم . وقد ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وصاحب البحر المسألة أيضا . وأنه يرد على الوكيل أى جوازا . وهى من المسائل التى فرعها ابن سريج على الجامع الصغير لمحمد بن الحسن . والأصل فيها أن السلعة متى عادت الى الوكيل بغير اختياره فله ردها على الموكل ، ومتى عادت اليه باختياره فلا ، فإن ردت عليه بعيب — فإن كان بعيب لا يحدث مثله — فالوكيل يرده على الموكل ، وإن لم يمكن تقدمه على القبض فقبله الوكيل لم يكن له رده على الموكل ، وإن احتمل فإن أقام المشتري بينة فالقول قول الوكيل ، فإن حلف سقط الرد والا ردت على المشتري ، فإن حلف ورد على الوكيل لم يرد على الموكل كما لو صدقه ، وقال القاضى الطبرى : إن قلنا : رد الثمن بمنزلة البينة له رده على الموكل ، قال الرويانى : وفيه نظر عندى يعنى لأنها لا تتعدى الى ثالث

(فرع) الاشهاد الواجب أطلقه الراغى وغيره . وقال الغزالى : يشهد اثنين . قال ابن الرفعة : وذلك على سبيل الاحتياط لأن الواحد مع اليمين كاف ، والأمر كما قال .

(فرع) تقدم أنه إذا كان الخصم غائبا من البلد يرفع الأمر الى مجلس الحكم والغيبة المذكورة لا شك أنه يكفى فيها مسافة القصر ، وهل تكفى مسافة العدوى ؟ قال ابن الرفعة : يشبه أن يكون فيها الخلاف فى الاستعداد وقبول شهادة الفرع ، وكتاب القاضى الى القاضى ، والدعاء لأداء الشهادة ، قال : وقد يقال : غيبته عن البلد وإن قلت المسافة كالغيبة البعيدة ، كما ذكر وجه فى بعض الصور السالفة : لأن فى تكليف الخروج عنها مشقة لا تليق بما نحن فيه ، قال : وهذا ما يفهم كلام الراغى الجزم به .

(قلت :) والجزم بذلك هو الظاهر ، وإذا كان كلام الراغى لا يقتضيه الا باطلاق الغيبة . فإن جزم الأصحاب فيما تقدم بأن عند حضور الحاكم مجلس الاطلاع تجب المبادرة اليه بيعد معه أن يكون

الحاكم حاضرا في البلد ، فيجوز تركه والمضى الى البائع في دون مسافة
القصر أو مسافة العدوى ، فينبغي أن يعتبر مطلق الغيبة الا أن يكون
موضع البائع خارج البلد ، أو أقرب من موضع الحاكم في البلد ،
ففيه نظر .

(فرع) تقدم من كلام الراعى أنه مخير بين البائع والحاكم ،
وهذا باطلا لانه يقتضى أنه يجد أحدهما ويعدل عنه الى الآخر ، لاسيما
قول الراعى : انه ان ترك البائع ورفع الى الحاكم فهو زيادة تأكيد ،
فانه دل على هذا المعنى لكن هذا يرده تصريحهم : متى كان الحاكم في
مجلس الاطلاع لا يجوز التأخر للبائع وبالعكس ، فيتبين حمل هذه
العبارة على ما سوى هذه الصورة ، وأنه انما يجوز له الذهاب الى
الآخر اذا لم يتفق له لقاء الآخر قبله ، ثم بعد ذلك قد يكون موضع
الحاكم والبائع متساويين في القرب والبعد ، فظهر التأخير ، وقد
يكون أحدهما أقرب من غير أن يمر به بأن يكونا في جهتين ، فهل
نوجب المضى الى الأقرب منهما أو يكون التأخير مستمرا ؟ اطلاق
كلامهم يدل على الثانى وهذا الفرع هو الذى وعدت به . ولأجل
ما فيه قلت فيما تقدم : انه اذا مر في طريقه بأحدهما لا يعذر في
مجاوزته الى الآخر .

(فرع) وروى محمد بن سيرين قال : ابتاع عبد الرحمن
ابن عوف جارية فقيل له : ان لها زوجا ، فأرسل الى زوجها فقال له :
طلقها فأبى فجعل له مائتين فأبى ، فجعل له خمسمائة فأبى ، فأرسل
الى مولاهما أنه قد أبى أن يطلق فاقبلوا جاريتكم ، تمسك بعض الناس
بهذا الأثر ، والمدعى أنه لا مخالف له من الصحابة وهو محتمل لأن يكون
عبد الرحمن لا يرى الخيار على الفور ، أو أنه لا يبطل بمثل هذا
التأخير ، وليس في الأثر أنه رد جبرا ، فيحتمل أن مالكا رضى بردها ،
وان سقط بالتأخير فيكون اقالة ، وكل منهما مخالف للمذهب .

(فرع) محل الذى تقدم من وجوب الفور في شراء الأعيان ،
أما الموصوف المقبوض اذا وجد معيبا (فان قلنا) انه يملكه بالرضا
فلا شك أن الرد ليس على الفور (وان قلنا) يملك بالقبض فيجوز
أن يقال على الفور والأوجه المنع ، لأنه ليس معقودا عليه ، قاله
الامام ونقله الراعى عنه في باب الكتابة ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان المبيع دابة فساقها ليردها فركبها في الطريق ، أو علفها أو سقاها لم يسقط حقه من الرد ، لأنه لم يرض بالعيب ، ولم يوجد منه أكثر من الركوب والعلف والسقى ، وذلك حق له الى أن يرد فلم يمنع الرد) •

(الشرح) الانتفاع بالمبيع قبل العلم بالعيب ان لازم منه تأخير أو دفع في زمن لو سكت فيه أبطل خياره فلا شك في بطلان الرد لما تقدم في اشتراط المبادرة فينبغي أن يستحضر أن جميع ما ذكره هنا المراد منه أن يكون مع المبادرة في مدة طلب الخصم والقاضي ، وحينئذ أقول : هذا الذي ذكره المصنف رحمه الله في الركوب والعلف والسقى نقل الشيخ أبو حامد والمحاملى في التجريد أن ابن سريج فرعه في جملة مسائل في الرد بالعيب على الجامع الصغير لمحمد ابن الحسن وذكره هكذا كما ذكره المصنف رحمه الله حكما وتعليلا ، وقال : ان الذي يمنع من الرد أحد أمرين : حدوث نقص بالمبيع ، أو ترك الرد مع القدرة عليه ، ولم أر هذه المسألة في تعليق أبي الطيب ، وذلك مما قد يرجح أن المذهب من تعليق أبي حامد •

وممن وافق المصنف على هذا الحكم ابن الصباغ في الشامل ، والجرجاني في الشافى ، واختاره الرويانى في الحلية. وقال ابن الصباغ : قال أصحابنا : كذلك اذا حلبها في طريقه لأن اللبن له ، فاذا استوفاه في حال الرد جاز كمنافعها ، وهذا تصريح بجواز استيفاء المنافع في حال الرد بالنقل عن الأصحاب ، وممن وافق على نقل ذلك من الأصحاب الرويانى في البحر ، ونقل عن والده أنه قال على قياس هذا : لو كانت ثيبا فوطئها وهو حامل لها ينبغي أن لا يبطل حق الرد ، ومراده بأنه حامل لها حتى لا يحصل بالوطء تأخير ، فلو فرض ذلك في وقت لا يمكن السير فيه كالليل ، فالظاهر أنه يضطر وذلك فيه ولذلك أطلق الرافعى الحكاية عنه أنه يجوز وطء الثيب ، وصرح الجرجاني مع موافقته المصنف بأنه لا يجوز وطء الجارية ، ولا لبس الثوب ، وهذا هو الصحيح لأن ذلك يدل على الرضا •

وأفهم كلام صاحب الشامل أن المبطل للرد الاشتغال بما يدل على

الرضا ، وهذا الذى قاله المصنف وابن الصباغ والرويانى . وما اقتضاه كلامهم من جواز كل الانتفاعات نقل الراغى عن الرويانى خاصة . وذهب هو وكثير من الأصحاب الذين وقفت على كلامهم الى خلافه ، وما أنا أذكر ما ذكره (شاقول) الذى قاله ابن القاص فى التلخيص والمفتاح والماوردى والفورانى والقاضى حسين والمتولى والامام والغزالى والبعوى وأبو الحسن بن خيران فى اللطيف والخوارزمى فى الكافى والرافعى والنووى أنه يشترط فى الرد بالعيب المبادره اليه أن لا يستعمل المبيع بعد علمه بعيبه . فان استعمله وكان رقيقا واستخدمه ، أو دارا فسكنها بطل حقه من الرد والارش معا ، لأن الاستعمال ينافى الرد .

واختلفوا فيما اذا كان يسيرا جرت العادة بمثله فى غير ملكه ، كقوله : اسقنى أو ناولنى التوب أو أغلق الباب . ففى هذا وما جرى مجراه وجه جزم به الماوردى والرويانى فى البحر أنه لا أثر له ، ونقله الراغى عن غير الماوردى أيضا ، والذى قاله القاضى حسين والامام وقاله الراغى : أن الأشهر أنه لا فرق ، وتابعه النووى فى الروضة وقال : أنه الأصح الأشهر .

ونقل عن القفال فى شرح التلخيص أنه لو جاءه العبد بكوز ماء فأخذ الكوز منه لم يضر . لأن وضع الكوز فى يده كوضعه على الأرض ، فان شرب ورد الكوز اليه فهو استعمال ، أما اذا كانت دابة فركبها فان ركبها لا للرد بطل حقه وان ركبها للرد أو السقى — فان كانت جموحا يعسر سوقها وقودها — فهو معذور فى الركوب ، وان لم تكن جموحا ، ولكنه ركبها فى الطريق وهى مسألة الكتاب فقيه وجهان (أصحابهما) على ما ذكره الراغى والنووى البطلان ، لأنه انتفاع لم تجز العادة به فى غير ملكه الا باذن المالك .

(والثانى) وهو ما قطع به فى الكتاب ، ونسبه الماوردى الى ابن سريج ، وصححه ابن أبى عصرون ، واختاره الرويانى فى الحلية : لا يسقط حقه ، ويستدل له الماوردى وغيره بأن الركوب عجل له فى الرد وأصلح للدابة من القسود . قال ولكن : لو كان ثوبا غلبسه ليرده لم يجز ، وكان هذا اللبس مانعا من الرد ، لأن العادة لم تجز به . ولأن لا مصلحة للتوب فى لبسه ، وجعل الراغى هذه المسألة دليلا على الأصح عنده فى مسألة الركوب ، ولكن ما ذكره الماوردى من

اعتبار العادة والمصلحة فارق ، ولو كان لابسا للثوب فاطلع على عيبه في الطريق فتوجه ليرده لم ينزع فهو معذور ، لأن نزع الثوب في الطريق لا يعتاد ، قاله الماوردي ونقله الراغب عنه .

ولو ركب الدابة للانتفاع فاطلع على عيبها لم يجز استدامة الركوب ، وإن توجه للرد على ما هو الأصح عند الراغب ، ولو كان حمل عليها سرجا أو اكافا ثم اطلع على العيب فتركها عليها بطل حقه ، لأنه استعمال وانتفاع . قاله الراغب تبعاً لصاحب التلخيص . قال الراغب : ولولا ذلك لاحتاج الى حمل أو تحميل ، أى فتركها يوغر عليه كلفة الحمل والتحمل فهي انتفاع فيمنع منه .

قال ابن الرفعة : ويشبه أن يكون هذا إذا لم يحصل بنزعه ضرر بالدابة ، فإذا حصل أو خيف منه كما إذا كانت عرقت وخيف من نزعه أن تهوى فلا يكون نزعه في هذه الحالة تقصيرا ، إذ هو يعيبها فيكون مانعا من الرد .

(قلت :) وهو كذلك ، بل يجف بنفسه في هذه الحالة كالنعل الى أن يجف العرق ويكون نزعه من مصلحتها . قال الراغب : ويعذر بترك العذار واللجام لأنهما خفيفان لا يعد تعليقهما على الدابة انتفاعا ، ولأن القعود يعسر دونهما ، وهذا المعنى يقتضى جواز تعليقهما ابتداء في مدة طلب الخصم وهو كذلك ولو أنعلها في الطريق قال أبو حامد : إن كانت تمشى بلا نعل بطل حقه والا فلا ، ولو كان أنعلها ثم اطلع على عيب فنزعه بطل خياره . قاله صاحب التلخيص تخريجا وعلله البغوى . لأن نزعه يعيب الدابة بالنقب الذى يبقى . قال : فإن كانت النقبة موجودة عند البائع فأنعلها المشتري فالنزع لا يبطل حقه من الرد . فتلخص من هذا أن اللجام والعذار والرسن يجوز تركه ونزعه . والنعل لا يجوز نزعه الا في الصورة التى استثنى البغوى فكاللجام يجوز تركه ونزعه والاكاف لا يجوز تركه ، فهذا ما ذكره هؤلاء الأئمة رضى الله عنهم .

ونقل صاحب التتمة عن أبى حنيفة جواز الاستخدام ورد عليه . ونقل القاضى حسين وغيره أن الشافعى رحمه الله نص على أنه لو كانت دابة فركبها بطل حق الفسخ ، وقال أبو العباس : إنما أراد به

إذا ركبها استعمالاً . فإذا ركبها ليستقيها ويردها على المالك أو كانت جموحاً لا تسير بنفسها لم يبطل حقه من الفسخ . وإن كانت ذلولاً لا تحتاج في سيرها إلى الركوب بطل حقه من الفسخ ، كما لو قصد به الانتفاع بركوبها . وهذا النقل عن الشافعي بإطلاقه . وعن ابن سريج بتفصيله مخالف ما ذكر المصنف رحمه الله من جواز الركوب مخالف لما نقله المسوردي عن ابن سريج فيما تقدم .

قال ابن الرفعة : ولعل عنه وجهين . أو أن هذا من تأويله للنص ، فيكون مذهباً للشافعي رحمه الله عنده ، ذاك من تخريجه فيما ذكره المصنف حينئذ ، وجزم مخالف لما قاله هؤلاء الأئمة ، ومخالف لما نسبوه إلى نص الشافعي ، ولولا هذا النص الذي نقلوه لكنت أرجح ما ذكره المصنف لموافقة ابن الصباغ والجرجاني لاسيما نقل ابن الصباغ عن الأصحاب واستدلوا له بأنها لو ولدت في هذه الحالة كان الولد للمشتري لبقاء ملكه ، ولعل طريقة العراقيين كما قاله المصنف ، فإن القائلين بخلافه أكثرهم من الخراسانيين ، وأصلهم القاضي حسين والفوراني ، ولم أر من وافقهم من غيرهم إلا صاحب التلخيص فيه ، وفي المفناح وابن خيران الأخير . على أن أبا الخير بن جماعة المقدسي شارح المفتاح ذكر فيه أن ركوب الدابة في الطريق لا يبطل حقه كما ذكره المصنف .

وبالجملة فالمعول عليه في ذلك كما قاله الإمام والغزالي العرف . فينبغي أن لا يحكم على شيء من الاستعمالات بقطع الخيار إلا إذا دل دلالة ظاهرة على الرضا ، كالوطء ولبس الثوب والقرض على البيع وشبهه ، أما ما لا يدل عليه أو يتردد فيه فينبغي أن تستلزم معه أصل الخيار ، ولا تحكم بالرضا بغير ما يدل عليه ، فإن خيار الرد ثبت قطعا ، والمبادرة حصلت ، والذي قارنها من الاستعمالات لا يدل على الرضا ، لأن فرض المسألة كذلك فالحكم بالرضا إذ ذاك يكون حكماً بغير دليل وهذا كله إذا قلنا لا يجب التلفظ بالفسخ حالة الاطلاع على العيب ، أما إذا أوجبناه لا تأتي المسألة لأنه أن تلفظ به لم يجز الاستعمال بعد ذلك بخروجه عن ملكه ، وإن لم يتلفظ به بطل الرد بالتأخير .

ولما كان القاضي حسين يرى وجوب المبادرة إلى التلفظ بالفسخ

لا جرم هو من القائلين بأن الاستعمال والاستخدام يبطل الرد . والمبطل عنده في الحقيقة هو التأخير ، لا خصوص الاستعمال ، فيجب التنبيه لذلك ، فان القاضى حسين رأس الخراسانيين ، وقال ذلك على رأيه ، والصحيح خلافه ، وأن التلفظ بالفسخ غير واجب والملك للمشتري باق في زمن الرد ، فلا وجه لمنعه من تصرف لا يدل على الرضا . وهذا كله في مسألة الركوب ونحوها والقائلون بأن الركوب مبطل يقولون : انه لو كان راكباً غاطل على العيب ينزل على الفور ، فلو استدام بطل حقه لأن استدامة الركوب ركوب . أما العلف والسقى فلا يضر . هكذا جزموا به ولا أظنه يجيء فيه خلاف ، لأن ذلك مصلحة خالصة للدابة ، لكن تعليل المصنف بأن ذلك حق له الى أن يردّها يقتضى التفرقة بين ذلك وبين الركوب .

(وأما) مسألة الطلب فكذلك جزموا بها ، ونسبها بعض المصنفين الى بعض الأصحاب وينبغي التفصيل ، فان كان ترك الطلب يضر بها لكثرة اللبن في ضرعها فلا يجيء فيه خلاف كالعلف والسقى . فان لم يكن كذلك فهو كالركوب للانتفاع ، فعلى ما ذكره المصنف ومن وافقه يجوز ، وعلى ما صححه الراغبي والجمهور يمتنع . ونسب الرويانى في البحر جواز الطلب الى أصحابنا ، وقيده بأن تكون سائرة فلو وقفها للحلب بطل الرد .

(فرع) اذا كان في رد المبيع مؤنة فالمؤنة على المشتري ، قاله صاحب التتمة وغيره . قال : لأن البيع مضمون في يده ، والمال اذا كان مضمون العين كان مضمون الرد (قلت) وهذا ظاهر اذا لم يتلفظ بالفسخ . أما اذا تلفظ به حيث أمرناه ، اما اذا قدر على الشهود على الصحيح واما وحده على رأى القاضى حسين وبالفسخ خرج عن ملكه ، وقد صرح الراغبي بأن مؤنة الرد بعد الفسخ على المشتري . وصرح هو والمتولى بأنه لو هلك في يده ضمنه . وقد يقال : ينبغي أن يكون حكمه حكم الأمانات الشرعية والعين المستأجرة بعد انقضاء المدة ، فيجب عليه الرد . لكن ليست العين مضمونة عليه . وحكم المؤنة في زمن الرد حكمها في العين المستأجرة بعد انقضاء المدة . لكن الجواب عن هذا أن أصل هذه اليد الضمان . فيستصحب حكمها كالعارية المؤقتة اذا

انتقضت بخلاف العين المستأجرة ، فانها كانت أمانة . وقد ذكر القاضى حسين فى فتاويه جملة من هذه المسائل .

(منها) اذا فسخ البيع بالعيب أو بخيار الشرط أو الافلاس ، فمؤنة الرد على المشتري ومؤنه رد المرهون على الراهن ، والقيم اذا ظهرت خيانتة أو عزل والمال فى يده فمؤنة الرد اذا صار مضمونا على القيم ، واذا أراد الرد بعد بلوغ الصبى فعلى الصبى ويرد مسلم الموصى الى الموصى له على الموصى له ومؤنة رد العين المستأجرة بعد المدة على المالك يعنى على خلاف فيه ، فالصداق الى الزوج اذا طلق قبل الدخول أو ارتدت أو فسخ النكاح على الزوج ، لأنه أمانة فى يدها ، هكذا قال القاضى ، وهو طريق المرازمة وطريق العراقيين ، وهى الأصح أنه مضمون عليها .

ومنها أيضا مسألة ابتدأ بها القاضى هذه المسائل . وهى اذا سلم العبد الجانى ، واحتيج الى بيع رقبتة فى أرش جنائته ، فمؤنة البيع من أجرة الدلال وغيره على من أجاب ، يحاص من ثمن العبد الجانى للمجنى عليه قدر أرش الجنائية (قلت) فلو كانت الجنائية تستغرق ثمن العبد فلم يتعرض القاضى لها ، وقد رأيت فى شرح المذهب لأبى اسحاق العراقى فيما اذا كسر ما لا يوقف على عيبه الا بكسره قال : اذا احتاج فى رده الى مؤنة .

(فان قلنا) ليس للمشتري الرد ويرجع بالأرث كانت مؤنة رده عليه لأنه ملكه (وان قلنا) له الرد كانت مؤنته على البائع لأنه عاد الى ملكه . وهذا كلام عجب ، ولا أدري من أين له ؟ والصواب ما تقدم .

(فرع) اشترى عبدا فوجد به عيبا ففصده وقال : ظننت أنى لو فقصته أو حجمته زال عنه ذلك العيب ففصده فلم يزل ، قال القاضى حسين فى الفتاوى : يبطل حقه من الرد لأن فقصده رضا منه بالعيب ، فان أراد التخلص من ظلامته يفسخ أولا ثم يفصد ، فان هلك فهو من ضمان المشتري بالقيمة .

(قلت) وفى جواز فقصده بعد الفسخ — وهو ليس بملكه — اشكال ، قال جامع الفتاوى : انه على هذا عندى اذا فسخ بين يدي البائع ، او فسخ واشتغل بطلبه (أما) اذا فسخ فى غيبته والتوانى فى رده بطل

حقه • قال : وهو مشكل • قلت : الاشكال الذى ذكرته فى جواز الفصد
باق • وزاد فى هذا الكلام اشكالا آخر وهو أنه بعد الفسخ يبطل
حقه بالتوانى • والظاهر أنه بعد الفسخ ينتقل الملك عنه ولا يبقى الا
المنازعة • فان صدقه البائع أو كانت بينة فلا يضره التوانى • وانما
تعتبر المبادرة عند من يرى التلطف بالفسخ على الفور لأجل أنكار المشتري
فليتأمل كل من الكلامين فانه مشكل ، والله اعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وله أن يرد بغير رضا البائع ، ومن غير حضوره ، لأنه رفع
عقد جعل اليه فلا يعتبر فيه رضا صاحبه ولا حضوره
كالطلاق) •

(الشرح) الكلام المتقدم فيما يحصل به المبادرة ، وأما الفسخ
فانه يجوز للمشتري ولو فى حضور البائع ، وفى غيبته مع رضاه ، ومع
عدمه ، ولا يفتقر اليه ولا الى الحاكم ، وسواء أكان قبل القبض فيجوز
أن يفسخه بحضرة البائع ، ولا يجوز فى غيبته ، وان كان بعد القبض
فلا يجوز الا بحضوره ورضاه أو بحكم الحاكم ، وهكذا قال أبو حنيفة
فى خيار الشرط : انه لا يجوز لأحدهما الفسخ الا بحضور صاحبه ،
لكنه لم يشترط هناك رضاه ، فالمسائل ثلاثة عند أبى حنيفة رحمه الله ،
خيار الشرط يشترط فيه الحضور لا الرضا ، والرد بالعيب مثل القبض ،
كذلك يشترط فيه الحضور لا الرضا ، وبعد القبض يشترط فيه الرضا
أو حكم الحاكم •

ودليلنا فى خيار الشرط اطلاق حديث حبان بن منقذ ، وفى خيار
العيب قبل القبض ، قال القاضى أبو الطيب : النكتة فيها أن من لا يعتبر
رضاه فى رفع العقد لا يعتبر حضوره كالمراة فى الطلاق ، وأما بعد
القبض فلائنه رد مستحق بالعيب فلا يعتبر فيه رضا البائع كما قبل
القبض ، وقول المصنف رحمه الله : لا يعتبر فيه رضا صاحبه اشارة
الى ما بعد القبض •

(وقوله) ولا حضوره اشارة الى ما قبل القبض تنبيها على محل
الخلافا فى الموضعين ، وقد قابل فى النكتة لفظ الرفع بالقطع ، وهو

أحسن من جهة أن الطلاق قاطع لا رافع ، وما ذكره هنا أحسن من جهة أن الخصم لا يسلم إليه أن الرد قطع ، بل هو رفع لاسيما على قوله وقول عندنا أنه يرفع للعقد من أصله ، وقاس في النكح على الموصى له أيضا . (وقوله) جعل إليه احترازا من الاقالة فانها اليهما لا ينفرد بها أحدهما ، ولا يرد اللعان حيث يعتبر فيه حضور المرأة رضا للقاضي مع أن الفرقة تقترب على لعان الزوج وحده ، وهي فرقة فسخ عندنا ، لأن الفرقة حكم شرعى رتبته الشرع على لعانه بغير اختياره ، فلا يندرج في قوله رفع ، لأن الراجع الشرع لا هو ، وفي الرد بالعيب هو الفاسخ باختياره وقصده الرفع ، واستدل أصحابنا أيضا بالقياس على الرجعة والوديعة فانها تنفسخ في غيبة المودع حتى إذا علم به وجب عليه الرد ، وإن كان لا يضمن حتى يتمكن ويجب عليه طلب صاحبها ليسلمها إليه أو الحاكم ، فإن لم يفعل وهلك في يده ضمنها .

(واعلم) أن قول المصنف : جعل إليه ظاهر فيما قبل القبض ، لأن أبا حنيفة رضى الله عنه لا يشترط فيه رضا البائع (وأما) بعد القبض فقد يقال : أنه بائستراط رضاه يمنع أن الرفع حينئذ جعل للمشتري ليوقفه على رضا البائع مندفع عن المصنف ، لأنه يعنى بقوله : جعل إليه أنه صادر منه وحده ، بخلاف الاقالة الصادرة منهما ، ومع ذلك يصح الاحتراز ، وإن اشترط الخصم فيه شرطا آخر واستدل الحنفية بأنه رفع عقد بعيب فلا ينفرد به كالرد بالعنة ، وأجاب أصحابنا بأن ذلك يفتقر الى اقرار الزوج وبالعجز ، وإلى حكم الحاكم لأنه يختلف فيه بخلاف هذا ، ووافقنا أبو حنيفة فيما إذا كان خيار الشرط لأحدهما على جواز انفراده بالفسخ ، وإنما خالف فيما إذا كان الخيار لهما هكذا نقله القاضي حسين ، وعلى هذا يلزمه ، فإن الرد بالعيب ثابت لأحدهما ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فإن اشترى ثوبا بجارية فوجد بالثوب عيبا فوطئ الجارية ففيه وجهان) أحدهما (أنه يفسخ البيع كما يفسخ البيع في مدة خيار الشرط بالوطء . (والثاني) لا يفسخ ، لأن الملك قد استقر للمشتري ، فلا يجوز فسخه الا بالقول) .

(الشرح) هذه المسألة ذكرها القاضى أبو الطيب فى باب خيار المتبايعين ، وبنى الوجهين فيها على الوجيز فى مسألة ذكرها هو والشيخ أبو حامد ، وهى ما اذا اشترى جارية بثمن ثم أفلس ، وثبت للبائع حق الفسخ فيها فوطئها ، هل يكون فسخا ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) نعم كالوطء فى زمان الخيار ، فإنه اذا صدر من البائع والخيار له أولهما كان فسخا على الصحيح المنصوص ، الذى قاله المحاملى فى التجريد أنه لا خلاف فيه • وقال القاضى أبو الطيب : على جميع الأقاويل والجامع بينهما أنه رد للملك ، وفسخ للبيع ، والملك يحصل بانقول والفعل ولا فرق فى الوطاء فى زمان الخيار بين خيار المجلس وخيار الشرط ، وانما قيد المصنف بخيار الترتط لأنه فى مدة خيار المجلس •

قد يقال : ان تحريم العقد باق • والعقد أضعف • وذلك أيعين رأس المال ؟ والغرض فى الصرف فى خيار المجلس كالمعين فى العقد ولأجله ؟ قال بعض الأصحاب ان الحط والزيادة يلحقان فى المجلس دون خيار الشرط ، وان كان الأصح اللحق فيهما فاذا كان الانفساخ بالوطء فى خيار الشرط ففى المجلس أولى فلهذا خصه المصنف بالذكر لأنه أقرب الى خيار الرد الطارىء بعد تحريم العقد لكن لك أن تقول : ان هذا القياس انما يتم عند القائلين بأن الملك فى زمان الخيار للمشتري ، وهو الصحيح عند الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والامام أما اذا قلنا بأن الخيار للبائع أو موقوف ، فيظهر الفرق بينه وبين المبيع المعيب فإنه ملك المشتري •

(والوجه الثانى) لا يفسخ بالوطء والفرق بينه وبين المبيع فى زمان الخيار — حيث نقول يفسخ بالوطء وان انتقل للمشتري — أن الملك فى زمان الخيار ضعيف والملك فى المعيب قد استقر بدليل أنه يجوز له التصرف فيه فكان أقوى من الملك فى زمان الخيار • فلهذا يشترط فيه القول ، وهذا معنى ما ذكره المصنف وههنا أمور :

(أحدهما) أن هذا انما يحتاج اليه اذا قلنا بالملك فى زمن الخيار للمشتري ، وقد تقدم التنبيه على ذلك •

(الثانى) ما الأصح من هذين الوجهين ؟ فاعلم أن الشافعى رحمه الله

القائل بأن الأئمة أن من كان الخيار له فملك له ، وإن كان لهما فموقوف يقتضى أن نقول هنا بأن الأصح الوجه الثانى عدم الانفساخ . لأن القياس على زمان الخيار إذا كان الخيار لهما أو للبائع لا يحسن لأن الملك عنده لم يحكم بزواله ، فلم يشبه المعيب . وإذا كان الخيار للمشتري لا يمكن القول بأن وطء البائع فسخ ، فإنه إذا لم يملك الفسخ بالقول فعدم ملكه بالفعل أولى ، فعلى مقتضى كلام الراعى ينبغى أن يكون الأصح هنا عدم الانفساخ وعلى ما صححه الشيخ أبو حامد وموافقه من انتقال الملك بنفس العقد فقد ظهر الفرق بما ذكره المصنف رحمه الله ، فليكن الأصح أيضا عدم الانفساخ .

(الثالث) قول المصنف الملك قد استقر للمشتري ، والمشتري فى كلامه مشتري الثوب ، فيكون المعنى أن ملك الثوب قد استقر له ، فلا يجوز فسخه بوطء الجارية التى هى ثمن عنه ، وكذلك يقتضيه كلام القاضى أبى الطيب ، لكنه قال فى مسألة الفلاس التى بنى عليها لأن ملك المشتري قد استقر على الجارية ، وهذا يناسب أن يقول هنا : لأن البائع استقر على الجارية ، لأن الراجع فى الفلاس هو البائع والراجع فى العيب هو المشتري ، ولا شك أن تملك كل من البائع والمشتري مستقر وكل من المأخذين صحيح . ويظهر أن يقال أن مشتري الثوب إذا اطلع على عيبه فحقه فى رده وفسخ البيع فيه ، ويترتب على ذلك انفساخه فى مقابله ، فالذى يرد عليه الفسخ هو الثوب لا الجارية ، وكان التعليل باستقرار الملك فيه أولى ، وبذلك يظهر افتراق هذه مع المبيع فى زمان الخيار ، وفى هذا المأخذ أيضا ، لأن الفسخ هناك وأرد على الجارية الموطوءة بغير واسطة ، وههنا بواسطة رد الثوب .

(الرابع) أن الوطء حرام على المذهب (وإن قلنا) يحصل به الفسخ .

(الخامس) قال أبو على الفارقى فى هذا : أنا قصدنا بالوطء الفسخ ولا يجب عليه المهر ، لأنه وطئ فى ملكه ، فإن لم يقصد به الفسخ لم يكن فسخا ، قول واحد ، ويجب المهر ولا حد عليه ، ونظير ذلك وطء الوالد الجارية المرهونة ، وإن وطئها بقصد الاسترجاع فعلى الوجهين ، وإن لم يقصد كان الوطء محرما ويلزمه المهر ولا حد للشبهة .

(السادس) في جملة من نظائر هذه المسألة مما يجعل الفعل فيه كالقول في مسألة الجارية الموهنة ، وقد تقدمت ، ومنها التقليد والاشعار هل يجعل كقوله جعلته هديا ؟ فيه خلاف ، ومنها لو لبد المحرم رأسه وعقصة ، وهذا لا يفعله الا العازم على الحلق ، فهل ينتزل الحلق ؟ على قولين (الجديد) لا ، وأما المعاطاة ونحوهما فذلك لقريئة ، لا للفعل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان زال العيب قبل الرد ففيه وجهان ، بناء على القولين في الأمة اذا اعتقت تحت عبد ، ثم أعتق العبد قبل أن تختار الأمة الفسخ (أحدهما) يسقط الخيار ، لأن الخيار ثبت لدفع الضرر . وقد زال الضرر (والثاني) لا يسقط ، لأن الخيار ثبت بوجود العيب . فلا يسقط من غير رضاه) .

(الشرح) الوجهان مشهوران حكاهما جماعة من الأصحاب . والرافعي حكاهما أيضا في باب التصرية كما تقدم عند استمرار لبن المصرة على كثرتة ، ولكنه في هذا المكان جزم بسقوط الخيار تبعا لصاحب التهذيب ، وقال : انه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده وقبل الرد سقط حقه من الرد، وهما طريقتان في المذهب حكاهما القاضي حسين .

(احدهما) حكاية الوجهين بناء على القولين (والثانية) القطع بسقوط الخيار قال : وهذا [هو] المذهب . والفرق بينه وبين خيار العتق على أحد القولين ، ان خيار العتق لا يبطل بالتأخير على قول ، فلم يبطل بارتفاع السبب المثبت له ، بخلاف خيار العيب ، فلما اختلف الخياران في الأصل اختلفا في الصفة والبقاء بعد ارتفاع السبب .

وقال ابن الرفعة : ان هذا الفرق لا غناء فيه والأمر كما قال . وبالجمله الصحيح السقوط وكذلك هو الصحيح من القولين في الأمة . ويحتمل أن يقال بعدم السقوط هنا وان قيل في الأمة : لأن خيارها مقيد بما ينالها من الضرر بالاقامة يجب الفرق وقد زالت العلة وخيار المشتري معلل بغير البائع له ، وأنه بذل ذلك الثمن في مقابلة ما ظنه سليما وأخلف ، وزال العيب في يد المشتري [وهي] معه حاصلة له ولكني لم أر من قال بهذه الطريقة . والامام في كتاب النكاح ضعف الوجه في المسألتين جدا ، وصحح السقوط في المسألتين . وقال : ان الخلاف فيهما

يبتنى على قاعدة ذكرها في الشفعة أن الشفيع إذا لم يشعر بها حتى باع ملكه الذي استحق الشفعة به وانما ذكر الامام هذا لأنه حكى الخلاف في الشفعة قولين ، والأكثر حكوها وجهين ، فالوجه أن تكون مسألة العيب ومسألة الشفعة كلتاهما مبنيين على مسألة الأمة .

والأصح في المسائل الثلاث السقوط . ومسألة الشفعة وخيار الأمة من واد واحد ، وبينهما وبين مسألة العيب ما ذكرته في الاحتمال المتقدم الذي لم يذكره أحد من الأصحاب فيما علمت ، وان كان المعنى الملاحظ فيه موجودا في كلامهم ، وأكثر المصنفين يحكون الخلاف في مسألة الكتاب وجهين الا صاحب البحر فانه قال : لو زال العيب سقط الرد ، وقيل : فيه قولان منصوصان . وكلام المصنف باطلاقه يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون زوال العيب قبل العلم به أو بعد العلم به وقبل الرد بأن يكون في مدة طلب الخصم والقاضى . والأمر كذلك بلا نزاع ، وبه صرح الأصحاب ، ويقتضى أنه لا فرق بين أن يكون قبل القبض أو بعده . وقد يقال : الزائد قبل القبض أولى بالسقوط من الزائد بعده ، وكلام أبى سعيد الهروى في الاشراف جازم بأنه لا يرد ، لكنه أطلق فيما يوجد في يد البائع ، ولم ينص على أنه بعد البيع وقد صرح الامام بجريان الخلاف فيه ، فبقى كلام المصنف رحمه الله على اطلاقه . ذكر الامام ذلك في كتاب التفتيس .

(فرع) اشترى جارية سميئة فhezلت قبل القبض ، ثم سمتت فردها ، هل للمشتري الفسخ ؟ فيه وجهان بناء على ما لو غصب ثاة سميئة فhezلت ثم ردها ، هل يجب ضمان الثمن الأول أو يتخير بالثاني ؟ (ان قلنا) يتخير ولا يفسخ والا فله الفسخ ، قاله صاحب التهذيب وذلك بناء منه على الطريقة القاطعة بأن زوال العيب يمنع من الرد . أما على الوجه من الطريقة الأخرى فانه يفسخ ، ولو قلنا : يتخير فيكون الترتيب هكذا (ان قلنا) لا ينجبر الثمن الأول بالثاني فسخ ، والا فوجهان (أصحهما) لا .

(فرع) لو زال العيب القديم قبل العلم به ، ولكن حدث عيب مانع من الرد فعلى الأصح لا أرش ، وعلى الوجه الآخر ينبغي أن يثبت له الأرش عن العيب القديم ، واليه صار ابن الرفعة ، وجزم الرافعى

بعدم الأرض • وذلك مستمر على جزمه في هذا الباب بسقوط الخيار •
أما على طريقة الوجهين فيتعين جريانها هنا وسيأتى ان شاء الله
الكلام في زوال العيب بعد أخذ أرشه في آخر الفصل الثانى لهذا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان قال البائع : أنا أزيل العيب مثل أن يبيع أرضا
فيها حجارة مدفونة ، يضر تركها بالأرض ، فقال البائع : أنا
أقلع ذلك في مدة لا أجرة لمثلها سقط حق المشتري من الرد ،
لأن ضرر العيب يزول من غير اضرار) •

(الشرح) صورة المسألة أن يضر تركها ، ولا يضر قلعها ، وقد
تقدم الكلام فيها في باب بيع الأصول والثمار ، وظاهر كلام المصنف
هنا أن الخيار ثبت ، ويسقط بقول البائع ذلك ، والذي تقدم هناك
 وذكره الرافعى وغيره أنه يؤمر البائع بالقلع والنقل ولا خيار للمشتري ،
والصواب ما قاله المصنف رحمه الله هنا وأنه يثبت الخيار ثم يسقط •
وكلامهم هنا محمول على هذا ، ألا ترى أن الرافعى وغيره قاسوا ذلك
على ما لو اشترى دارا يلحق بسقفها خلل يسير يمكن تداركه في الحال ،
أو كانت منسدة البالوعة فقال البائع : أنا أصلحه وأبيعها لا خيار
للمشتري فهذا الكلام ناطق بأن عدم الخيار مرتب على قول البائع :
ويظهر أثر هذا فيما لو بادر المشتري وفسخ قبل أن يقول البائع ذلك ،
فعلى ما قلته ينفذ فسخه ولا عبرة بقول البائع بعد ذلك ، وإطلاق
المصنف والرافعى وغيرهما أيضا السقوط بقول البائع : أنا أقلع • ينبغي
أن يكون محمولا على ما اذا قلع • أما اذا اقتصر على القول فسقوط
الخيار به غير متجه لبقاء العيب •

والعبارة المحررة ما ذكروه في كتاب الاجارة ويقتضيه كلام الامام
هنا أيضا أن الخيار ثابت الا اذا بادر المكنى الى الاصلاح • هذا اذا
كان اشتغال الأرض على الحجارة المذكورة منقضا لها ، وهو ما يقتضيه
ذكرهم لذلك في العيوب • غان فرض أن الحجارة المذكورة لقرب زمان
نقلها لا يعد اشتغال الأرض عليها عيبا صح اطلاقه أنه لا خيار ويلزم
البائع بنقلها • ولكن ذلك خلاف المفروض وأيضا لا يبقى حينئذ بقول
البائع : أنا أقلع أثر ، لأنه يلزم به ولا خيار للمشتري قبله ولا بعده •

غالباً ما يوافق عباراتهم في الاجارة ، فان الخيار ثابت الا اذا
بادر البائع الى التمتع في مدة لا اجرة لمثلها . وحينئذ تكون العلة أن
ضرر العيب زال .

وأما تعليل المصنف بأنه يزول فيناسب عدم ثبوت الخيار أصلاً ،
وهو لم يقل به . ولا ينحى عن ذلك الا أن يقال : ان بقاء الأحجار مع
امتناع البائع من قلعها عيب ، وبدون امتناعه ليس بعيب وهو بعيد .
اذ يقال : ان اشغال الأرض بالحجارة مانع من كمال صفة القبض فيها كما
تقدم . وذلك عن بعض الأصحاب ، فامتناع الحجارة مع امتناع
البائع من قلعها كالعيب الحادث قبل القبض . ولم يذهب أحد هنا
الى ثبوت الخيار مع مبادرة البائع الى القلع أخذاً من أن وجود الأحجار
في الأرض عيب ، وزوالها بقول البائع أو بفعله كزوال العيب قبل
الرد ، وفيه وجه كما تقدم . وكأن الفرق ضعف الخيار هنا ، لكون
البائع مسلطاً على اسقاطه ، أو لأنه زال قبل كمال القبض ، وليس
كالعيب الزائل بعد القبض ، أو لأن هذا الزوال بفعل البائع ففيه
استدراك للظلامة ، بخلاف الزوال بنفسه .

وبعد أن كتبت ذلك رأيت ابن معن أورده على المصنف رحمه الله
وزعم أنه تناقض بين ما ذكره هنا وفي الاجارة من سقوط الخيار ،
وبين ما تقدم من حكايته الوجهين في زوال العيب قبل الرد ، وادعى
الأولية في طرد الوجهين هنا ، وكذلك ابن الردي (١) قال : أرى
أن تكون المسألة الثانية كالمسألة الأولى على وجهين ، بل أولى لأنه
إذا كان بعد رد العيب وجهان ، فمع بقاءه أولى . وما ذكرته جواب
عنه ، وليس المصنف مختصاً بذلك .

وقوله : لا اجرة لمثلها ، قيد لابد منه ليتحقق عدم الاضرار ،
ولو كانت الحجارة يضر قلعها ، أو قلعها وتركها ، فقد تقدم الكلام في ذلك
فيما لا يضر في باب بيع الأصول والثمار .

وقوله : مدفونة ، يحتراز عن المخلوقة . وقد تقدم حكمها . ومن
الواضحات أن فرض المسألة في حالة جهل المشتري بالحجارة .

(١) كذا بالأصل ، ولعله ابن الرنفة . (المطيمي)

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان قال البائع : أمسك المبيع وأنا أعطيك أرض العيب لم يجبر المشتري على قبوله ، لأنه لم يرض الا بمبيع سليم بجميع الثمن ، فلم يجبر على امساك معيب ببعض الثمن . وان قال المشتري : أعطني الأرض لأمسك المبيع لم يجبر البائع على دفع الأرض ، لأنه لم يبذل المبيع الا بجميع الثمن ، فلم يجبر على تسليمه ببعض الثمن) .

(الشرح) المسألتان واضحتان ، والأصل أن كل من وجب له شيء ليس له المطالبة بغيره ، ولا يجب عليه الانتقال الى غيره . وخرج عن هذا القصاص اذا عفا عنه يجب المال ، وان كان الواجب القود عينا . وعن أحمد أن للمشتري أخذ الأرض .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان تراضيا على دفع الأرض لاسقاط الخيار ففيه وجهان) أحدهما (يجوز وهو قول أبي العباس ، لأن خيار الرد يجوز أن يسقطها الى المال ، وهو اذا حدث عند المشتري عيب فجاز اسقاطه الى المال بالتراضي ، كالخيار في القصاص (والثاني) لا يجوز وهو المذهب ، لأنه خيار فسخ فلم يجز اسقاطه بمال كخيار الشرط وخيار الشفعة ، فان تراضيا على ذلك وقلنا : انه لا يجوز فهل يسقط خياره ؟ فيه وجهان (أحدهما) انه يسقط ، لأنه رضى بامساك العين مع العيب (والثاني) لا يسقط وهو المذهب ، لأنه رضى باسقاط الخيار بعوض ولم يسلم له العوض فبقى الخيار) .

(الشرح) الوجهان في جواز التراضي على اسقاط الخيار الى بدل ، سواء أكان ذلك البديل جزءا من الثمن أم غيره ، اتفقت الطرق على حكايتها . والجواب منسوب الى أبي العباس ابن سريج وعنه أنه حكاه عن القديم ، وبه قال أبو حنيفة ومالك . والمنع قال القاضي حسين : انه المنصوص ، وقال الامام : انه ظاهر النص والمصنف في قوله : انه المذهب تابع للشيخ أبي حامد وقال القاضي أبو الطيب : انه ظاهر المذهب ، والماوردي وهو الذي صححه البغوي والرافعي

وغيرهما وفيه نظر ، فانهم قاسوه على خيار الشرط والشفعة . والفرق بينه وبين خيار الشرط والشفعة أن ههنا يأخذ الأرض في مقابلة ما غات من المال ، ويسقط الى مال ، كما قال المصنف رحمه الله تعالى فهذان معنيان ليسا في خيار الشفعة والشرط ، والمعنى الأول أحسن .

وصورة المسألة اذا لم يكن مانع من الرد ، ولا تأخر مسقط ، اما بأن يجعلا غورية الخيار ، أو يكون في خيار المصراة على القول بامتداده ، أو أن التشاغل بالاتفاق على الأرض لا يعد اعراضا عن الرد . ونظر القاضى حسين وغيره هذه المسألة بحق الشفعة لا تصح المصالحة عنه على أصح الوجهين ، خلافا لأبى اسحاق المروزي ، وقد عرفت ما فيه .

قال القاضى حسين : وقال أبو اسحاق : ثلاث مسائل أخالف فيها أصحابى ، حد القذف ، وحق الشفعة ، ومقاعد الأسواق ، أجوز الصلح عنها ، ومنعها سائر الأصحاب لأنها ليست بمال وانما يصح الاعتياض عما هو مال ، فأما اذا كان حقا مجردا فلا . انتهى .

وقد عرفت أن جواز المصالحة هنا أولى من جوازها في المسائل الثلاث للفرق المذكور . ولذلك ابن سريج لم ينقل عنه موافقة أبى اسحاق اذا خالف في المسائل الثلاث يخالف في حق الرد بالعيب ، فانه لا فرق بينهما ، أو للرد بالعيب أولى كما قدم . واكتفوا بنسبة الخلاف هنا الى ابن سريج . وانما قلت : ان المصالحة هنا أولى بالصحة من المسائل الثلاث ، لما أشار اليه المصنف من أن خيار الرد يجوز أن يسقط الى المال في حال ، ولا كذلك الحقوق الثلاثة . ولأن الأرض مأخوذ في مقابلة حال نائب ولا جرم . قال القاضى أبو الطيب هنا : انه لا يصح المصالحة عن الشفعة قولاً واحداً . ولم يحك خلاف أبى اسحاق مع حكايته للخلاف هنا . وهو مقتضى كلام المصنف رحمه الله تعالى هنا ، فانه جعل الشفعة أصلاً مقيساً . وقوله المصنف في تعليل الثاني خيار فسخ يحتز بالفسخ عن القصاص والوصف حاصل في الأصل ، وهو خيار الشرط والشفعة فان فيهما فسخ وإبطال حق المشتري للتنقص . لكن هذا القياس لا يكفي بدون الغاء الفرق المتقدم . والأصحاب يقولون : الأرض جزء من الثمن في مقابلة الجزء الثابت كما سيأتى ومقتضى ذلك

أن يجوز والمصالحة عنه كما قال ابن سريج ، فانه ليس في مقابلة حق مجرد ولا سلطة الرد ولذلك اتفقوا على جوازه عند حدوث عيب جديد .

(التفريع) وهو مذكور في الكتاب (ان قلنا) بالصحيح : وهو أنه لا يجوز فتراضيا على ذلك : فان كان المشتري عالما ببطلان المصالحة بطل حقه قطعا ، وان ظن صحتها ، وعليه يحمل كلام المصنف (فوجهان) حكاهما الامام عن نقل العراقيين : وتعليهما ما ذكره المصنف والمذهب عدم السقوط كما قال وممن صححه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والقاضي حسين والبعوى والرافعى ومن التفريع أيضا أنا (ان قلنا) بجواز المصالحة سقط الخيار ، ويثبت الأرش أو ما اتفقا عليه على البائع ، والا فلا ، فان كان أخذه وجب عليه رده ، ولو صالح عن العيب على مال وجوزنا فزال العيب لا يجب رد المال لأنه أخذ على جهة المعاوضة ، قاله البعوى ، ولا فرق في جواز المصالحة بين أن يكون الثمن ذهبا فيصطلحان على ذهب أو فضة أو حالا أو مؤجلا ، قاله الجورى .

(فائدة) الأرش في اللغة أصله الهرش أبدلت الهاء همزة ، وأرش الجراحة ديتها ، وذلك لما يكون فيه من المنازعة . وأرشت الجرب والنار اذا أرثتهما ، والنار من بين القوم الاغساد بينهم ، وأما في الشرع فقال بعضهم : هو عبارة عن الشيء المقدر الذى يحصل به الجبر عن الفأث (وقال) الرافعى : هو جزء من الثمن نسبته اليه نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليما الى تمام القيمة .

(فرع) لنا صورة يرضى المشتري فيها بالعيب . ولا يكون له مانع من الرد اذا اطلع على ذلك في مرض موته ، ولا تنقطع مطالبة الورثة عن البائع على أحد الوجهين . وسنذكره عند الكلام في الأرش .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان أراد أن يرد بعضه لم يجز ، لأن على البائع ضررا في تبعض الصفقة عليه ، فلم يجز من غير رضاه ، وان اشترى عيدين فوجد بأحدهما عيبا فهل له أن يفردة بالرد ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يجوز ، لأنه تبعض صفقة على البائع فلم يجز

من غير رضاه (والثاني) يجوز ، لأن العيب اختص بأحدهما ، فجاز أن يفرده بالرد ، وإن ابتاع اثنان عبدا فأراد أحدهما أن يمسك حصته وأراد الآخر أن يرد حصته جاز لأن البائع فرق الملك في الإيجاب لهما فجاز أن يرد عليه أحدهما دون الآخر كما لو باع منهما في صفتين) •

(الشرح) هذه ثلاث مسائل ، الأولى إذا كان المبيع عينا واحدة في صفة واحدة ، فإن كانت باقية في ملك المشتري فليس له أن يرد بعضها بغير رضا البائع لمعنيين (أحدهما) تفريق الصفقة (والثاني) أن الشركة عيب ، فإذا رد النصف كان معيبا ولا يجوز رد العين إذا حدث فيها عيب ، والمنع في هذه الحالة لا يكاد يعرف فيه خلاف ، وصرح القاضي حسين أنه لا خلاف فيه •

قال الامام : ورأيت لصاحب التقريب طرد القولين فيه وهو خطأ غير بعيد وهذا الخلاف نقله القاضي حسين عن صاحبه فيما إذا باع النصف ، ومع ذلك غلطه ، وإن كان قد باع بعض العين لغير البائع فكذا عند الجمهور •

وقال المساوردي : إن جازنا تفريق الصفقة فله رد ما بقي واسترجاع حصته ، والتوقف حتى ينظر ما يؤول إليه حاله • وحكى ذلك عن نقل الشيخ أبي على ، وحكاه القاضي حسين عن صاحبه كما تقدم وغلطه ، ولم يطرد المساوردي هذا في حال بقاء الجميع في ملكه ، بل جزم بالمنع •

(فإن قلنا) بجواز الرد فذاك ، ويسترجع قسطه من الثمن بلا خلاف • قال الامام : إذ لو قلنا : يسترجع الجميع وباقي المبيع في يده فكان مضيا الى اثبات شيء من المبيع في يد المشتري من غير مقابل ، وأورد ابن الرغعة أنه لم لا يقال يبقى الباقي بجميع الثمن ولا يسترجع شيئا ؟ ويكون المردود كالتالف قبل القبض ويكون فائدة الرد التخلص عن عهدة المبيع ، كما قاله القاضي حسين فيما إذا أبرأ من الثمن . قلت : فالحقضي حسين وافق الامام على ما قال . وعلل بعدم الفائدة في الرد لو قلنا : يمسك الجميع . والله أعلم •

(وإن قلنا) بالصحيح المشهور الذي جزم به المصنف أنه لا يجوز

له الرد ففي حالة بقاءه كله في ملكه لا أرش له ، لأنه متمكن من رد الجميع ، وفي حالة خروجه عن ملكه ان كان بالمبيع فقد حكى الماوردي عنه في وجوب الأرش وجهين مبنيين على التعليين فيما اذا باع الجميع (أصحهما) الوجوب ، وسنذكرهما في كلام المصنف في بيع الجميع بعد ثلاثة فصول إن شاء الله تعالى ، وفيما اذا خرج بغير المبيع بالوقف رجع بالأرش ، وبالعق لا يمكن ، لأنه يسرى الى الباقي وبالحبة على ما سنذكره في كلام المصنف في خروج الجميع ، فان على القول بامتناع الرد في النقص والعجز عن رد الجميع يكون الكلام في الأرش كالكلام في تعذر الرد في الجميع ، حرفا بحرف ، والصحيح فيما اذا خرج بعضه بالمبيع هنا أنه لا رد ولا أرش .

قال الشافعي رحمه الله في المختصر : ولو كان باعها أو بعضها ثم [ردها] عليه بالعيب لم يكن له أن يرجع علي البائع بشيء ، ولا من قيمته من العيب .

وقال في الأم في اختلاف العراقيين في باب الاختلاف في العيب : وإذا اشترى الرجل من الرجل الجارية أو الثوب أو السلعة ، فباع نصفها من رجل ، ثم ظهر منها على عيب ، دله له البائع لم يكن له أن يرد النصف بحصته من الثمن على البائع ، ولا يرجع عليه بشيء من نقص العيب من أصل الثمن ، وذكر الشافعي رحمه الله كلاما أكثر من ذلك سأذكره عند بيع الجميع . فان فيه اشارة الى أن العلة كونه لم يأنس من الرد ، وهناك أذكره ان شاء الله تعالى .

وكلام المصنف رحمه الله يقتضي أنه اذا رضى البائع جاز ، ولنا في افراد احدى العينين بالرد برضاء البائع وجهان (أصحهما) الجواز . فليكن ما اقتضاه كلام المصنف رحمه الله جاريا على الأصح (اذا قلنا) بذلك ، فلو بذل المشتري أرش نقصان النقيض هل يجبر البائع عليه ؟ يحتمل أن يأتي غيه الخلاف فيما اذا طلب أحدهما الرد مع أرش العيب . وطلب الآخر الامساك وغرامة الأرش ، فان قلنا : يجاب المشتري أجبناه وأجبرنا البائع ، ومن ذلك يأتي في المسألة أوجه (أصحها) امتناع الرد الا برضاء البائع (والثاني) الامتناع مطلقا (والثالث) الجواز مع أرش التبعض (والرابع) من غير أرش . وهو ما يقتضيه كلام صاحب التقريب والماوردي ، والوجهان بعيدان والأكثر على

القطع بحدافهما وقد أطلق أكثر الأصحاب هذا الحكم والخلاف في جواز التبعض - ولم يفرقوا بين المتقوم والمثلّي • ولا شك أن ما ذكره يظهر في المتقوم للمعنيين المذكورين •

(أما) المثلّي فالحنطة ونحوها إذا اشترى صبرة حنطة فوجد بها عيبا فأراد رد بعضها ، قال صاحب التتمة : ان قلنا في العبدین يجوز فھنا كذلك والا فوجهان والفرق أن رد البعض لا يؤدي الى تجهيل الثمن ، قلت : وينبغي بناؤهما على خلاف سياتي أن المانع الضرر أو اتحاد الصفقة (ان قلنا) بالأول جاز ، لأنه لا ضرر (وان قلنا) بالثاني فالصفقة متحدة ، فينبغي على أنه هل يجوز تفريق الصفقة أو لا ؟ فعلى الأول يجوز ، وعلى الثاني يمتنع ، ولا يضر كون التفريق هنا اختياريا لكونه لا ضرر فيه •

وقد رأيت المسألة منصوصا عليها في البويطي في آخر باب الصرف ، وقال : ومن اشترى من رجل متاعا جملة مما لا يكال ولا يوزن فوجد ببعضه عيبا يرده جميعا أو يأخذه جميعا ، وان كان مما يكال ويوزن فهو مخير ان شاء أخذ الجيد بحصته ورد ما بقي ، وهذا صريح في الجواز ، ودال على أن المراعى الضرر ، ولو باع المشتري للمشتري بعض العين الواحدة من البائع ثم وجد بالباقي عيبا • قال القاضي حسين : فالذهب أن له الرد إذ ليس فيه تبعض الملك على البائع وقيل : لا يرده (قلت) وينبغي بناء ذلك على أن المانع الضرر أو اتحاد الصفقة (ان قلنا) بالأول فله الرد (وان قلنا) بالثاني فتخرج على التفريق كما تقدم ، وسيأتي حكمه في كلام المصنف في بقية هذا الفصل ان شاء الله تعالى •

(فرع) لو مات المشتري في هذه الصورة وخلف وارثين ، فهل لأحدهما رد نصيبه ؟ فيه ثلاثة أوجه •

(أحدها) ليس له الانفراد لاتحاد الصفقة ، وهو قول ابن الحداد ، والأصح عند الرافعي ، واستدلوا له بأنه لو سلم أحد الاثنين نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف اليه فعلى هذا هل يجب له الأرض ؟ فيه ثلاثة أوجه (ثالثها) ان أيس على الرد رجوع والا فلا ، وهو الأصح عند القاضي حسين : وقد ذكر الرافعي هذه المسألة عند ما اذا اشترى وكيل عن رجلين ، وسأذكر ما قاله هناك ان شاء الله تعالى •

(والثاني) يجوز أن ينفرد برد نصيبه لأنه جميع ما به • حكاه
الرافعي •

(والثالث) أن البائع مخير بين أن يأخذ نصف المبيع ويعضى نصف
الثمن وبين أن يعطى نصف الأرض ويخير الذي يريد أن يرد على أسفط
حقه • قاله الماوردي • وحكاه العمراني أن أبا الطيب ذكره عن
ابن الحداد في شرح المولدات •

(المسألة الثانية) إذا اشترى عيني من رجل واحد صفقة واحدة
ولها صور (أحدها) ما ذكره المصنف أن يجد العيب بأحدهما •
وهما باقيان في يده فهل له أفراد المعية بالرد ؛ غيه قولان (أظهرهما)
عند الماوردي والرافعي ، وقال القاضي أبو الطيب والرويانى : انه
ظاهر المذهب ، وقطع به الشيخ أبو حامد ، وهو المنصوص عليه في
الأم في كتاب الصلح وهو قول جمهور الأصحاب أنه ليس له ذلك •
بل يردهما جميعا أو يمسكهما جميعا ، سواء أكان ذلك قبل القبض أم
بعده وسواء أكان مما يتساوى قيمته كالكرين من الطعام • أو يختلف
كالعبدین والثوبين • هكذا ذكره ، وقد تقدم عن مختصر البويضى أن
من اشترى مما يكال ويوزن أنه يجوز التبعيض • ومقتضى ذلك أن يجوز
أفراد أحد الكرین بالرد •

(والقول الثاني) الجواز • واختاره الرويانى في الحلية • والقولان
عند الماوردي والقاضي أبى الطيب والغزالي والرويانى وغيرهم مبنيان
على تفريق الصفقة (أن قلنا) يفرق جاز ، والا لم يجوز • لكن قياس
هذا البناء كما قال الرافعي أن يكون قول التجويز أظهر • وأشار إلى
الجواب بأن الصفقة وقعت مجتمعة • ولا ضرورة إلى تفريقها فلا
يفرق يعنى وليس كما إذا جمعت حلالا وحراما أو حلالين • وتلف
أحدهما قبل القبض فإن التفريق هناك ليس اختياريا • وحاول ابن الرغفة
اثبات قول يمنع أفراد المعيب بالرد •

وان قلنا : يجوز تفريق الصفقة وذكر من نص الشافعي في
الصلح ما يدل دلالة ظاهرة على ذلك ويمكن أن يؤخذ من كلام المصنف
ما يدل له لأنه علل المنع بما يحصل من الضرر بتبعيض الصفقة غم
يجز من غير رضه • وهذا الكلام يشعر بجواز تشريق الصفقة

إذا رضى . فالراجح أن لا يجهل ، القولان مبنيين على تفريق الصفقة بل مرتبين ، بأن يقال : أن منعنا تفريق الصفقة منعنا هنا ، والا فقولان . والترتيب أوفق لكلام الأئمة الذين أطلقوا البناء . فإنه قد يطلق البناء على الترتيب ويبعد جعلهما قولين برأسهما أوغق لكلام المصنف . فإنه على قول الجواز بأن العيب أخص بأحدهما . وهذا يقتضى بمفهومه أن العيب إذا لم يختصر وكان فيهما لا يجوز الاغراض مع القول بجواز تفريق الصفقة . فأفاد أول كلامه وآخره أن لنا قولاً بالمنع .

وان جوزنا تفريق الصفقة لأجل الضرر وقولاً بالجواز . ومنعنا تفريق الصفقة ، قلت : تفريق الصفقة القهرى لا يمكن القول بالجواز مع منعه ، لأنه على ذلك القول يستحيل شرعاً . وأما التفريق الاختيارى برد أحد العينين دون الأخرى فكلا القولين اللذين ذكرهما المصنف رحمه الله يفرعان على منعه ، بمعنى أن المشتري ممنوع منه . وعلى تجويز التفريق القهرى فإن أريد بالتفريق القهرى فالترتيب صحيح كما اقتضاه كلام الأئمة ، وإن أريد التفريق الاختيارى فلا ترتيب ، فلا بناء ، وهما القولان بعينهما . وعلّة المصنف تقتضى عدم جريانها فيما إذا كان المبيع فيهما ، وسأتعرض لذلك فى بقية الكلام إن شاء الله تعالى . ثم إن النص المذكور عن الصلح يدل دلالة قوية على المنع مع القول بتفريق الصفقة ولم أذكر لفظة خشية التطويل مع ظهوره ، فهو يرد التخريج على تفريق الصفقة والقول بالجواز مبني عليها إلا أن يكون لنا نص فى موضع آخر على الجواز . فى خصوص مسألة افراد المبيع ، ولم أقف عليه ، ولذلك قطع الشيخ أبو حامد بالمنع والذى يقول بالجواز هنا يقول فيما إذا اشترى شقصى دارين أنه يجوز للشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخر ، وقد يحتمل ذلك فى شقص دار واحدة أن يأخذ بعضه ويدع بعضه . قاله صاحب التلخيص .

قال الراعى : والقولان مفروضان فى العبدین ، وفى كل شيء لا تتصل منفعة أحدهما بالآخر ، فأما فى زوجى خف ومصراعى باب ونحوهما فلا يجوز الاغراض بحال ، وارتكب بعضهم طرد القولين فيه (قلت) وجعله صاحب النعمة مرتباً (ان قلنا) هناك لا يجوز فهنا وجهان ، وبناهما على أصل أشار القاضى حسين إذا غصب فرد خف

قيمة الزوج^(١) عشرة فتلف في يده ورجع قيمة الآخر الى درهمين ، حل يضمن خمسة أو ثمانية • ان قلنا : خمسة جاز له افراد أحدهما بالرد ، وان قلنا ثمانية فلا • واذا قلنا بالصحيح وانه لا يجوز الافراد ، فقال المشتري : رددت المعيب فهل يكون ذلك ردا لهما ؟ فيه وجهان (أحصهما) لا • بل هو لغو ولو رضى البائع بافراده جاز على الأصح • هكذا أطلق الراغبى الخلاف ، وينبغى اذا قلنا بجواز تفريق الصفقة أن يجوز قطعاً ، لأنه انما امتنع لضرر البائع وقد رضى • أما اذا منعنا تفريق الصفقة فيمتنع ، وان رضى • ولذلك قال الغزالي : انه أقيس الوجهين فيما اذا رضى المنع • قال : لأن استحالة تفريق الصفقة الواحدة لا يختلف بالتراضى ، وما ذكره الغزالي من أنه الأقيس جار على ما قرره من البناء على تفريق الصفقة ، وقد تقدم أن الراجح عدم البناء ، وأن الأولى أن يكون الخلاف مرتباً ، فكذاك الأصح الجواز اذا رضى ، وهو الذى نص الشافعى عليه فى كتاب الصلح •

والمشكل طريقة الماوردى فانه قطع بالجواز اذا رضى البائع مع بنائه القولين عند عدم رضاه على تفريق الصفقة ، ولو أراد رد التسليم والمعيب معا على هذا القول المانع من الافراد جاز ، قال الامام : لم يختلف العلماء فيه ، وعلى القول الآخر المجوز للافراد (الأصح) الجواز ، وفيه وجه حكاه الامام والغزالي فى الوسيط أنه لا يردهما الا اذا كانا معيين ، وضعفه الراغبى • وحكى ابن يونس أن الغزالي قال : (اذا قلنا) لا يرد يطالب بالأرث ، وتعتبر القيمة يوم العقد ، واعترض الناس عليه بأنه ليس فى الوسيط — الا فيما اذا تلف أحد العبدین — والأرث يتعين فى مسألة التلف بخلاف هذه المسألة اذ يمكن •

(قلت :) وهو كذلك ولا اتجاه لما قاله ابن يونس • نعم لو كان صاحب الوجه المذكور الذى يقول انه لا يردهما الا اذا كانا

(١) اذا اراد الشارح زوجين فانه لا يقال فى الفردين مجتمعين زوجا قال تعالى : « ثمانية أزواج » ولم يذكر الا أربعة اصناف فيكون اسم الفرد زوجا واسم الاثنين زوجين • واذا اراد واحدا على مذهب صاحب القاموس ان الزوج خلاف الفرد ، وفى المصباح : زوج نعال اثنين وزوجان أربعة ، وفى الوسيط : الزوج كل واحد معه آخر من جنسه . (المطيعى)

معينين يقول : انه لا يرد المعيب وحده اتجه عنده طلب الأرض ، لكنه ينفية قول الامام فيما اذا منعنا الافراد : انه لم يختلف العلماء في جواز رد الجميع ، فتعين أن يكون الوجه الذى فى الوسيط بمنع ردهما تفريعا على جواز رد أحدهما وحينئذ لا وجه لطلب الأرض لامكان الرد . ولو أراد رد السليم وحده قطع الماوردى بأنه لا يجوز . وقال ابن الرفعة : انه لا خلاف فيه ، لأنه انما يجوز تبعا ، وقد ثقتد التبعية ، والله أعلم . واذا جوزنا الافراد فردة اشترط قسطه من الثمن بلا خلاف . وقد تقدم من الامام تعليله واعتراض ابن الرفعة عند الكلام فى العين الواحدة .

(فرع) قال أبو حنيفة رضى الله عنه بالجواز فيما بعد القبض ، ووافق فيما قبله . واحتج من نصر قوله بأنه تم العقد فيهما ، وانفرد أحدهما بسبب الخيار ، وثبت فيه الخيار كما لو اشترى عبيدين واشترط فى أحدهما خيار الثلاث ونقض أصحابنا عليه ذلك بما قبل القبض ، أو وجد المعيب فيهما ، أو كانا مصراعى باب وزوجى خف ، أو مما تتساوى أجزاؤه مثل كرين من طعام فان أبا حنيفة رحمه الله قال فى هذه المواضع الأربعة مثل ما قلناه .

والجواب على شرط الخيار فى أحدهما من وجوه بالنقض بالمسائل المذكورة وبأن صاحبه قد رضى بالتبعض لما شرط ، وبأن وصف تمام العقد لا تأثير له فى الأصل ، لأنه يجوز أن يرد الذى شرط فيه الخيار قبل القبض وبعده . فهذا الكلام فى ظهور العيب باحدى العينين وهما باقيتان ، وهى مسألة الكتاب ، على أن اطلاق كلام المصنف رحمه الله يحتمل أن يشمل هذه الصورة والصورة الثالثة التى سنذكرها . وهى اذا كان السليم تالفا ، فان كان الأول وهو الظاهر ، فالأظهر من قولى الكتاب الأول ، وهو أنه لا يجوز الافراد وان كان الباقي(١) الأولى المنع وفى الثالثة الجواز كما(٢) ويرجح حمل كلام المصنف على

(١ ، ٢) بياض بالاصل فحرر ، قلت : ولعل صورة المسائل هكذا :
 » وان كان الباقي تالفا فان الأولى المنع ، وفى الثالثة(١) الجواز كما قال المصنف .

(١) والثالثة هى ما اذا كان الباقي سليما فيجوز له والا فان الابتاء على السليم (المطيعى)

العموم^(١) القولين في الصورتين أن القاضي^(٢) في حكاية القولين بين ما إذا كان العيب في أحدهما وما إذا كان فيهما وأحدهما تالف ولم يذكر الترتيب^(٣) سنذكره^(٤) .

(الصورة الثانية) وجد العيب بهما جميعا ، وهما باقيا ن فله ردهما قطعا ، وفي افراد أحدهما بالرد القولان السابقان . هكذا قال القاضي حسين والامام والرافعي وغيرهم . وقد تقدم التنبيه على أن كلام المصنف يفهم القطع بالمنع في هذه الصورة ، وإن كان ساكتا عن التصريح بها ، ولا تنك أن الشيخ أبا حامد رحمه الله يقطع هذا بطريق الأولى ، وإنما النزاع في جريان الخلاف عند غيره . وقد نقل صاحب الاستقصاء عن صاحب الافصاح أنه لا يجوز افراد أحدهما بالرد اجماعا كالطعام الواحد .

(قلت :) وهذا ليس بصريح لأن نص الشافعي رحمه الله تقدم في المكيل والموزون أنه يرد بعضه على ما إذا كانا باقيين ، فأولى بالجواز لتعذر ردهما ، فمن جوز هناك فهنا أولى ، ومن منع هناك أما قطعا كالشيخ أبي حامد وغيره حكاية القولين ، وبنوهما على تفريق الصفقة ، أن قلنا : يفرق جاز والا فلا ، والبناء هنا ظاهر ، والمراد بالتفريق المبني على التفريق القهري أن منعناه امتنع هنا ، وإن جوزناه جاز لوجود الضرورة ، ومقتضى هذا البناء أن يكون قول الجواز هنا أظهر ، والرافعي رحمه الله اقتصر في باب تفريق الصفقة على ترتيب الخلاف ، وأولوا به الجواز ، وليس في ذلك بيان الأصح .

وأعاد المسألة في باب الرد بالعيب ، ولم يتعرض لحكم رد الباقي هل يجوز أو لا ، وبما ذكرته من الترتيب يعرف أن الأظهر الجواز : لكن النص الذي سنذكره عن البويطي والنص الذي سنذكره عن اختلاف العراقيين كلاهما يدل على خلافه . وهو ما يقتضى كلام الماوردي أنه

(١ -) بياض بالأصل فحذر : ولعل صورة المسائل هكذا :
« ويرجح حمل كلام المصنف على العموم وفي كلا القولين في الصورتين أن القاضي حسين في حكاية القولين بين ما إذا كان العيب في أحدهما ، وما إذا كان فيهما وأحدهما تالف ولم يذكر الترتيب الذي سنذكره أن شاء الله تعالى » . هذا ما الهمني الله تعالى من تقديم العبارة والله أعلم سبحانه .
(المطيعي)

الأصح ، ولعل الأصح عند الماوردي امتناع تفريق الصفقة . والمراد بالتلف اما حسا واما شرعا ، فان جوزنا الافراد رد الباقي ، واسترد من الثمن حصته بلا خلاف ، وقد تقدم تعليقه عن الامام واعتراض ابن الرفعة بطريق التوزيع بتقدير العبدین سلیمین وتقویمهما ویسقط المسمى على القيمتين . فلو اختلفا في قيمة التالف فادعى المشتري ما يقتضى زیادة الرجوع على ما اعترف به البائع فالأظهر عند القاضی أبی الطیب والرافعی والمصنف حیث ذکر فی باب اختلاف المتبايعین أن القول قول البائع مع یمینه . أما بثمن ملكه فلا یرد منه ما اعترف به . وهذا القول نسیه القاضی أبو الطیب والرافعی الى نصه فی اختلاف العراقيين (والثانی) أن القول قول المشتري لأنه تلف فی یده فأنشبه الغاصب مع المالك اذا اختلفا فی القيمة كان القول قول الغاصب الذى حصل اهلاك فی یده ، وهذا القول فی اختلاف العراقيين أيضا وقد رأیتهما فیہ . ولكن هل هما تفريع على جواز الافراد أو على منعه ؟ فیہ نظر سأنبه علیه فی آخر الكلام . والاعتماد فی حکایتها هنا على نقل الأئمة . وقد اقتصر الرافعی رحمه الله وغيره على استرجاع حصة المردود من الثمن ، ولم يتعرضوا لشيء آخر . ولا شك أن التالف اذا كان معيبا أيضا يجب الأرض عليه لتعذر رده ، كما يجب الأرض اذا تلف المبيع كله وتبين عيبه ، وانما سكتوا عن ذلك احالة له على ذلك المكان واقتصارا على القدر المختص بهذا المكان .

وان لم یجز الافراد فقولان فیما حکاه القاضی حسین وطائفة (ووجهان) فیما حکاه آخرون واقتضى ایراد الرافعی والنسوی ترجیحه (أصحهما) عند الرافعی وغيره وهو الذى ذكره الشيخ أبو حامد والقاضی أبو الطیب فی تعلیقهما لا فسخ له ولكن یرجع بأرث العيب لأن الهالك أعظم من العيب : ولو حدث عنده عيب لم يتمكن من الرد . وهذا هو الذى نقله الربیع فی مختصر البویطی ، فعلى هذا ان اختلفا فی قيمة التالف عاد القولان لأنه فی الصورتین یرد بعض الثمن ، الا أنه على ذلك القول یرد حصة الباقي . وعلى هذا القول یرد أرث العيب ، وهل النظر فی قيمة التالف فی الصورتین الى يوم العقد أو يوم القبض ؟ فیہ الخلاف الذى فی اعتبار القيمة لمعرفة أرث العيب القديم ، وسیأتی ان شاء الله تعالى (والأصح منه) اعتبار أقل القيمتين .

(والوجه الثانى) أنه يضم قيمة التالف الى الباقي ويردهما ويفسخ العقد . قال الرافعى وهو اختيار القاضى أبى الطيب ، واحتج له بأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر المصرة برد الثاة بدل اللبن الهالك .

(قلت :) ولم أر ذلك فى تعليقة القاضى أبى الطيب ، بل الذى فيها أنا اذا قلنا لا يرد رجع بالأرثى كما تقدم عنه ، ولم يحك فيه خلافا ، وأنا ان قلنا له رده فيرده بحصته من الثمن .

قال : وقال بعض أهل خراسان : العقد على هذا القول فيهما جميعا ثم يرد الباقي وقيمة التالف ، ويسترجع كما فى المصرة ، قال القاضى أبو الطيب : وهذا خطأ ، ويخالف نص الشافعى ، لأنه نص على ذلك فى اختلاف العراقيين ، وقال : يرجع الى حصته من الثمن ، ثم فرع عليه ، وذكر الاختلاف ، فالعجب من الرافعى رحمه الله ، الا أن يكون القاضى أبو الطيب نقله عن بعض الخراسانيين كما رأيت ، لكنه جعله مفرعا على القول بالرد ، وحكاه الامام وغيره وجعله الغزالى والرافعى رحمهما الله مفرعا على قول المنع كما تقدم .

ولا تنافى بينه وبين ما فعله أبو الطيب ، فان أبا الطيب يقول : (ان قلنا) لا يرده أى أصلا يرجع بالأرثى (وان قلنا) يرده فهل يفرده ؟ أو يضم معه قيمة التالف ؟ فيه وجهان وهؤلاء يقولون : (ان قلنا) يفرده استرد القسط ، والا فهل يمتنع عليه الرد ، أو يضم معه قيمة التالف ؟ (فيه وجهان) فالكلامان راجعان الى معنى واحد ، وانما النزاع فى نسبة الرافعى القول المذكور الى اختيار أبى الطيب ووافق الرافعى على ذلك ابن الرفعة وزاد ابن الرفعة أن ابن الصباغ نقل القولين فى ذلك ، أعنى فى ضم قيمة التالف الى الموجود كما حكاها الامام وغيره ، ولم أر ذلك فى الشامل بل رأيت فيه ما يحتمل أن يكون سبب الوهم الذى عرض للرافعى وتبعه هو عليه فى النقل عن أبى الطيب .

قال ابن الصباغ قال : حكى أبو الطيب عن بعض أهل خراسان أنه يفسخ العقد قال : وهذا هو السنة لحديث المصرة . ففعل الرافعى طالع ذلك وظن أن الضمير فى قال لأبى الطيب وانما هو لبعض أهل

خراسان يبينه ما في تعليق أبي الطيب ، وقد تقدم الرافعي في ذلك العمراني فنقل المسألة في الزوائد من الشامل • وزاد فقال : وقال القاضي : هذا هو السنة • قال ابن الصباغ : وهذا ليس بصحيح [أنه] هو القاضي ، وابن الصباغ ناقل عنه أو موافق له ، وبالجمله فالحقول منصوص عليه في البويطي لأن في مختصر البويطي : ولو اشترى ثوبين في صفقة واحدة فقبضهما فهلك أحدهما وأصاب بالآخر عيبا فله أن يرد القائم وقيمة التالف ، ويرجع بأصل الثمن الذي أعطاه ، فإن اختلفا في القيمة فالحقول قول البائع ، من قبل أن الثمن كله قد لزم المشتري ، وهو يريد إسقاط الشيء عنه لما يدعى من كثرة قيمة الغائب ولا أقبل دعواه •

قال الربيع : وله قول آخر : إذا اشترى شيئين في صفقة واحدة فهلك واحد وأصاب بالآخر عيبا لم يكن له إلى الرد سبيل من قبل أنه كان له أن يرد الشيء كما أخذ ، فلما لم يرده مثل ما أخذ كان لا رد له وليس أن ينقص عليه ما اشترى منه ، ويرجع عليه بقيمة العيب الذي وجدته في الثوب الباقي ، فهذا الكلام الذي في مختصر البويطي يقتضي اثبات قولين :

(أحدهما) يضم قيمة التالف إلى الباقي ويردهما •

(والثاني) يمتنع الرد ويرجع بالأرث ، وهما هذان القولان اللذان غرناهما على عدم جواز الأفراد • فهما متعاضدان في منع الأفراد كما قدمت لك أولا •

وقد تأملت نصه في اختلاف العراقيين فلم أجده صريحا في الرد واسترجاع القسط • وانما قال : إذا اشترى ثوبين صفقة واحدة فهلك أحدهما في يده ووجد بالثاني عيبا واختلفا في ثمن الثوبين فالحقول قول البائع مع يمينه ، من قبل أن الثمن كله قد لزم المشتري • والمشتري ان أراد رد الثوب يرده بأكثر الثمن ، أو أراد الرجوع بالعيب رجع به بأكثر الثمن • ولا نعطيه بقوله الزيادة • قال الربيع : وفيه قول آخر أن القول قول المشتري من قبل أنه المأخوذ منه الثمن • قال الشافعي

رحمه الله : اذا استرى شيئين في صفقة فلهك أحدهما ووجد بآخر
عيبا فليس الى الرد سبيل فيرجع بقيمة العيب لأنه اشترهما صفقة .
فليس له أن ينقضها .

(قلت :) وهذا هو معنى ما في البويطى وليس فيه زيادة عليه
الا القول الآخر الذى حكاه الربيع أن القول قول المشتري وآخر
كلامه المذكور صريح في عدم الرد . وأول كلامه فيه احتمال لما قاله
أبو الطيب . وما قاله في مختصر البويطى . وانما احتجت الى ذلك لقول
القاضى أبى الطيب انه قال : يرجع الى حصته من الثمن . وهذا بحسب
ما فهمه من اختلاف العراقيين من منع التفريق . والقاضى أبو الطيب
نقله عنه بلفظ آخر صريح في التفريق . فلعلى له في اختلاف العراقيين
نصا آخر . وأبدى ابن الرغفة فيما حكى عن اختلاف العراقيين نظرا
من وجهين :

(أحدهما) أنا نفرع على منع التفريق فالنص مصرح بالتفريق
فكيف يرد به ؟ وهذا قاله ابن الرغفة بناء على ما نقله القاضى أبو الطيب .
ونقله ابن الرغفة عن ابن الصباغ اعتراضا عليه لكنك قد عرفت فيه
النص بلفظ وليس فيه تصريح بالتفريق . ولو ثبت ذلك فالعذر عن
أبى الطيب أنه لم يجعل ذلك تفريعا على منع التفريق حتى يعترض
عليه بما ذكر ، بل انما قال : اذا جوزنا الرد كما تقدم النقل عنه فاذا نقل
عن الشافعى رحمه الله أنه قال : مع الرد يسترجع القسط ، يكون
ذلك ردا على من يقول : لا يسترجع القسط ، بل يضم القيمة عن التالف
ويسترجع جميع الثمن ردا ظاهرا .

(والوجه الثانى) من اعتراض ابن الرغفة على أبى الصيب أن
اختلاف العراقيين قليل : انه من القديم ، وهذا بعيد لأن ذلك من رواية
الربيع^(١) عن الشافعى رضى الله عنه : وان فرعنا على هذا الوجه

(١) والربيع بن سليمان المرادى وكذا الجيزى كلاهما من رواية الجديد
ورواة القديم هم الكرابسى والزعفرانى وابو ثور واحمد بن حنبل رضى الله
عنهم اجمعين .
(المصطفى)

وأنه يضم قيمة التالف الى الباقي ويردها فاختلفا في قيمة التالف فانفقوا
قول المشتري مع يمينه لأنه حصل التلف في يده وهو الغارم . وبه
جزم القاضي حسين مع حكاية القولين في الصورتين الأوليين . قال :
وكل موضع كان الغارم هو المشتري فالقول قوله ، وكل موضع كان الغارم
هو البائع فعلى القولين ، وفي التتمة حكاية وجه آخر أن القول قول
البائع لأن المشتري يريد ازالة يده عن الثمن الملوك له وذكر في الروضة
أنه شاذ .

(قلت) في مختصر البويطى بعد أن قال : انه يرد القائم وقيمة
التالف ، قال : فان اختلفا في القيمة فالقول قول البائع من قبل أن الثمن
كله قد لزم المشتري ، وهو يريد اسقاط الشيء عنه لما يدعى من كثرة
قيمة الفاتئ ولا أقبل دعواه ، وهذا يدل على الوجه الذى قاله في
التتمة بل هو هو . والقيمة هنا معروفة واعتبارها بيوم التلف على
الأصح فليس كما تقدر على القدر الآخر حيث يعتبر أقل الثمنين
على الأصح . أشار اليه الامام في باب التخالف .

(فرع) اذا ظهر العيب بالتالف فقط لم يرد الباقي قطعا ،
ويرجع بأرثس التالف .

(فرع) لو ظهر العيب بأحدهما أو بهما بعد بيع أحدهما فقد
جمع الراعى بين ذلك وبين ما اذا كان أحدهما تالفا ، وجزم به الشيخ
أبو حامد هنا أيضا بامتناع الرد . لأنه لم يحصل اليأس من الرد ،
وقد تقدم غيما اذا كان المبيع واحدا وخرج بعضه عن ملكه أن الصحيح
امتناع رد الباقي فاشتريت صورة التلف وصورة البيع في الترتيب ،
على ما اذا كانا باقيين كما قال الراعى رحمه الله ، لكن الصحيح في
الأولى الجواز . وفي الثانية المنع . وهذا الذى ذكرناه اذا باع أحدهما
وكانا معيين أو باع الصحيح ، وبقي العيب .

(أما) لو باع العيب وبثى الصحيح فلا يرد الباقي الآن قطعا .
والكلام في الأرثس على ما مر وتحقيق الصحيح في ذلك يتوقف على

تحقيق العلة فيما اذا باع البعض هل هو عدم اليأس أو غيره ؟ وسيأتى ان شاء الله ذلك بعد ثلاثة فصول •

(فرع) استثنى صاحب التلخيص من وجوب الأرض على القول بمنع الافراد مسألة واحدة وهى أن يكون قد باع أحدهما ، قال : ينظر ، فان كان صحيحا لم يدلس فيه بعيب لم يرجع بنقصان العيب ، وان كان معيبا غفى هذا الموجود قولان (أحدهما) يرجع بنقصان العيب ، والآخر ليس له الرجوع •

(قلت) لعل مراده ان كان المبيع صحيحا من عيب حادث عند المشتري ولم يدلس فيه على المشتري الثانى لشيء حدث عنده فليس له الرجوع بالأرض لعدم اليأس من رجوع المبيع اليه ، ويردهما معا ، وذلك يوافق ما قاله الشيخ أبو حامد ، وهو يجيء على المذهب على ما سيأتى خلافا لأبى اسحاق وان كان معيبا بعيب حدث عنده غفى رجوعه بأرض العيب فى الثانى قولان . كما لو تلف أحدهما أو اعتقه بناء على تفريق الصفقة •

(فرع) بما ذكرناه يتبين أن الخلاف فى الجميع : ولكنها مراتب ففى العبدین اذا كان أحدهما تالفا ، الجواز قوى جدا ودونه اذا كان أحدهما معيبا ، والخلاف فيه قوى أيضا ، وان كان الأصح فيهما المنع ، ودونه اذا كانا باقيين فى ملكه ، والعيب بأحدهما ودونه اذا كانا باقيين ، والعيب بهما ودونه فى العبد الواحد اذا باع بعضه ، ودونه فى العبد اذا كان كله باقيا فى ملكه : فهذه ست مراتب لا يرد على الصحيح الا فى الأولى •

(فرع) حكم نقص أحدهما حكم تلفه وعتقه وبيعه . قال صاحب التلخيص : وينبغى أن يكون كذلك ما لم يرض البائع بأحدهما مع النقص الحادث ، فيصير كما لو لم يكن نقص •

(فائدة) أكثر الأصحاب يطلقون توزيع الثمن على العبدین باعتبار قيمتهما والرافعى فى هذا الباب قبل باعتبار قيمتهما الى سليمين •

ولا يتأتى غير ذلك إذا كان المشتري جاهلا بالعيب . فانه انما بذل الثمن على ظن السلامة ، ولو وزعنا الثمن عليهما على ما هما عليه من العيب أدى ذلك الى خبط وفساد دل عليه الامتحان ، فالصواب تقدير السلامة كما ذكره الراغبي هنا وهي فائدة عظيمة نافعة في مسائل :

(منها) في الشفعة حيث يأخذ الشخص بقسطه من الثمن وغيرها من المسائل •

(ومنها) في المراجعة اذا وزع الثمن فيجبر بما يخصه من الثمن بوصف السلامة ، ويجبر بالعيب الذى ظهر له ، ولا يجوز أن يجبر بقسطه من الثمن باعتبار العيب •

(ومنها) مسألة تقدمت في الربا في الصرف ، اذا باع دينارين بدينارين فخرج أحدهما معيبا اختار القاضى أبو الطيب وجماعة البطلان ، لأنه تبين أنه من قاعدة مد عجوّة ، وأطلق الشيخ أبو حامد وجماعة الصحة واستشكله في ذلك الباب ، وانتدبت له مأخذا بعيدا ، وبهذه الفائدة هنا يترجح ، فظهر مأخذ حسن يحمل عليه ويتمسك به فيه ، ويقوى على أى طالب لأن الفساد في قاعدة مد عجوّة من جهة التوزيع ، والتوزيع ههنا لا يقتضى المفاضلة اذا وزع باعتبار السلامة ، وانما يقتضى اذا وزع عليها باعتبار العيب •

(ومنها) في تفريق الصفقة في الدوام اذا تلف أحد المبيعين قبل القبض •

(ومنها) في غير ذلك ، ولا تخفى الفروع بعد بيان القاعدة ، وهي قاعدة مهمة يجب الاعتناء بها وملاحظتها في مسائل كثيرة في أبواب متعددة •

(فرع) لا خلاف أنه لو ظهر العيب بالتالف وحده فليس له الرد : لأن التالف لا يقبل الفسخ مقصودا أو مسوغا ، وانما صح الفسخ

في التالف تبعا ، قاله القاضي حسين ، وانما ذكرته وان كان واضحا لئلا يتوهم أن بقاء السليم مسوغ لورود الرد على المبيع في الصفقة التي شملته ، وليس لتكلف المبيع جملة اذ لا مورد أصلا . فلذلك نبهت عليه .

(المسألة الثالثة من مسائل الكتاب) اذا اشترى اثنان من واحد عينا ووجدا بها عيبا وأراد أحدهما امساك حصته والآخر رد حصته ، جاز على القول الظاهر المنقول عن نصه في كتبه الجديدة ومعظم كتبه القديمة ، وبه قال أحمد ومالك في رواية ، وأبو يوسف ومحمد وابن أبى ليلى . ومنه أخذ الصفقة تتعدد بتعدد المشتري ، وهو الأصح ، ووجهه بأنه رد جميع ما ملك مجازا كالمشتري الواحد . قال الشافعي رحمه الله تعالى في المختصر : ولو أصاب المشتريان صفقة واحدة من رجل تجارية عيبا فأراد أحدهما الرد والآخر الامساك فذلك لهما ، لأن المعهود في شراء الاثنين أن كل واحد منهما يشتري النصف بنصف الثمن . انتهى .

(والقول الثاني) ويحكى عن رواية أبى ثور عن القديم وقال أبو داود : انه مرجوع عنه . وبه قال أبو حنيفة انه ليس له الانفراد بالرد ، لأن العبد خرج عن ملك البائع كاملا والآن يعود اليه بعضه ، وبعض الشيء لا يشتري بما يخصه من الثمن لو بيع كله ، وربما أوردوا ذلك بعبارة أخرى فقالوا : خرج عن ملكه مجتمعا أو صفقة واحدة . ومن هذا القول أخذ أن الصفقة وان تعدد المشتري متحدة على ما قاله الامام ، لكن الصحيح المشهور الذي جزم به كثيرون أن الصفقة متعددة ، وبذلك منعوا من قال : خرج عن ملكه صفقة . ومنعوا أيضا من قال : خرج مجتمعا أشار المصنف رحمه الله في استدلاله من قوله : ان البائع فرق الملك في الايجاب . أى غلم يخرج مجتمعا . وأما من قال : كلامك ان أريد بصفة الكمال فهي معنى . وان أريد التأكيد فلا يفيد . ومن هنا نعلم أن المصنف رحمه الله جازم بأن الصفقة متعددة .

واعترض القائلون باتحادها وامتناع الانفراد بالرد ، ما لو قال : بعثكما هذا العبد بألف ، فقال أحدهما : قبلت نصفه بنصف الثمن ،

وبما اذا أحضر أحدهما نصف الثمن وأراد إجبار البائع على تسليم نصف العبد ، وبأن الشركة عيب • وأجاب الأصحاب عن الأول بأن عندنا في المسألة وجهين (أحدهما) يصح وهو الذي جزم به القاضي أبو الطيب وجماعة من العراقيين ، وأنه يلزم البيع في حقه سواء قبل صاحبه أو رده ، وقيل ان للشافعي رحمه الله نصا في الخلع يشهد له وقال الامام : انه الأظهر في القياس ، ورجحه الرويانى في الحلية (والثانى) وهو الأصح عند طائفة منهم الراغى ، وهو الأظهر في النقل على ما قاله الامام لا يصح (وان قلنا) بالتعدد فان صيغة ايجاب البائع تقتضى جوابهما ، فكانها مشروطة بأن يجيباه معا ، فليس ذلك من حكم العقد ، وانما هو من مقتضى اللفظ عرفا • وفى هذا نظير من جهة أن اشتراط ذلك يقتضى الفساد •

وعن الثانى أن الحكم عندنا أن البائع يجبر على تسليم نصيبه ، وسيأتى ذلك فى كلام المصنف فى آخر باب اختلاف المتبايعين ان شاء الله تعالى •

وعن الثالث بأن البائع هذا الذى شرط بينهما ، فلم يكن هذا العيب حادثا فى يد المشتري ، وقد عرفت بما ذكرته أن استدلال المصنف رحمه الله أمس بكلام المخالف من استدلال غيره بأنه رد جميع ما ملك ، وان كان الكل صحيحا • وقوله كما لو باع منهما فى صفتين ، أى متعددتين لفظا ، فان هذه متعددة حكما لا لفظا •

وقال القاضى حسين : الأولى أن يفرض الكلام فيما لو مات أحد المشترين والبائع وارثه ، أو عاد الى البائع نصيب أحدهما بالبيع أو بالهبة كى يسقط على كلامهم أن الشركة عيب • ووافق أبو حنيفة رحمه الله على أنه اذا اشترى رجلان شقما من واحد ، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما بالشفعة • وهذا الذى التزمه الأصحاب من أن العقد متعدد هو المشهور •

وقال أبو الظفر ابن السمعانى : ان هذه طريق سقيمة لا يمكن تمشيتها ، ومن اعتمد عليها فلضعفه فى المعانى ، لأن قوله : بعث منكما

في جانبه كلمة واحدة • نعم في جانب المشتري هي بمنزلة عقدين ولو جاز أن نجعل عقدين لتعدد المشتري لجاز ذلك لتعدد الجميع •

والمعتمد من الجواب أن الصفقة وإن كانت واحدة ، لكن يجوز لأحدهما أن يرد ، لأن الخيار ثابت لهما ، وهو حق مشروع ، فيمكن من استيفائه على وجه لا يؤدي إلى تفويت واستقاط بعدم مساعدة الآخر له • وأجاب عن كون الشركة عيباً بأن التي كانت بين المشتريين قد زالت ، والتي وجدت بين البائع والمشتري إنما وجدت بعدم الرد ، والرد لا يعيب المبيع لكن يعيده إلى ملك البائع ، ثم الشركة تنبت باختلاف الملك فلا يكون العيب الذي هو معلول الرد سابقاً لعلته ، وما قاله أولاً لا يمكن تمثيئه ، فإن من مقتضاه أن أخذ الوارثين لمشتري العين الواحدة مستقل بالرد • وليس كذلك لما سيأتى أن شاء الله تعالى ، وما قاله ثانياً وإن كان محتملاً فيمكن الانفصال عنه • وقد ظهر لك بما تقدم أننا إن قلنا باتحاد الصفقة منعنا انفراد أحدهما بالرد (وإن قلنا) بالتعدد فقولان (أحدهما) المنع لضرر التبعض ، هذا إذا نظرت إلى التعدد والاتحاد أولاً فلك أن تجعل القولين أولاً في الانفراد فأحرزنا ، فمن ضرورته تجويز التفريق • وإن منعنا الانفراد هل ذلك لحكمنا بالاتحاد أو لضرر التبعض ؟ وإن كانت الصفقة متعددة ففيه وجهان ، وهذه الطريقة أوفق لكلامهم • والأصح من الوجهين الثاني لما سيأتى من كلام البويطى •

التفريق على هذين القولين أن جوزنا الانفراد ، فأنفرد أحدهما فتهطل الشركة بينهما ، ويخلص للمسك ما أمسك وللراد ما استرد ، أو تبقى الشركة بينهما فيما أمسكه المسك واسترده الراد • حكى القاضي الماوردى فيه وجهين ، قال الرافعى : أصحهما أولهما • قلت والوجه الثاني بعيد جداً ، وكيف يقال إن نصف العبد الذي أمسكه المسك يكون بينه وبين الراد والراد لم يبق على ملكه شيئاً ، وكيف يقال إن نصف الثمن الذي استرجعه الراد يأخذ المسك نصفه وهو لم يرد شيئاً ؟ ووجه الماوردى أنه لم يكن بينهما قسمة • وهذا توجيه ضعيف • لأن ذلك يكون في المعين لا في المشاع ، فإن النصف المشاع الردود مختص بالراد قطعاً ، وحمله ابن الرفعة على ما إذا كان الثمن مشتركاً

بينهما ، وهذا الحمل قد يقال : انه يصح معه الاشتراك في المسترد من الثمن ، أما بقاء الشركة في نصف العبد الباقي فلا والتحقيق أنه لا تصح الشركة في المسترد من الثمن أيضا لأن الثمن الذي كان مشتركا بينهما ملكه البائع ثم انتقض ملكه في نصفه الشائع المختص بالراد بحكم رده ويقسمه الراد والبائع وهو قسمة جديدة واردة على ملكيهما ، وليس للممسك فيها حظ ، ونصفه الشائع لم ينتقض الملك في شيء منه • فلا وجه لهذا الوجه أصلا •

نعم : قد تقدم لنا عن صاحب التقريب شذوذ في جواز رد بعض العين الواحدة ، فعلى ذلك اذا قال الراد : رددت النصف ولم يعين أنه نصفه ، وقلنا بأن هذه الصيغة تحمل على الاشاعة كما هو في العتق وغيره على أحد الوجهين فيصح الرد في نصف نصيبه ، ولكن لا يبقى نصيب الممسك مشتركا ولا المسترد من الثمن مشتركا لعدم صحة الرد في نصيب شريكه ، بل يبقى للراد ربع العبد وللممسك نصفه ، ويسترد الراد ربع الثمن ، وبالجمله فهذا الوجه الى الغلط أقرب • ومن التفريع على هذا القول أنه لا يلزم الراد ضم أرش التبعض الى ما يرد ، لأن البائع الذي أضر بنفسه ، قاله الامام •

وان منعنا الانفراد فذاك فيما ينقص بالتبعض (أما) ما لا ينقص كالحبوب ففيه وجهان مبنيان على أن المانع ضرر التبعض أو اتحاد الصفقة ، فعلى الأول يجوز وعلى الثاني يمتنع وهو الذي جزم به القاضي حسين ، والتعليل الأول يمنع أخذ اتحاد الصفقة من هذا القول ، والوجهان المذكوران بيانهما حكاهما الرافعي والامام ، وقد تقدم عن نصه في البويطي جواز ذلك في المشتري الواحد ، ففي المشتريين أولى ، ولذلك أصلح بعضهم بعض نسخ التنبيه ، وجعل ان اشترى اثنان عبدا ، ولفظ مختصر المزني شاهد له ، ونقله بعضهم عن المختصر لسلمة مكان جارية ، فيكون شاهدا للنسخ المشهورة ، ويكون كلام البويطي الذي حكاه مفيدا لذلك •

وهذا اذا لم يقسماه ، فان اقتسماه فكذاك عند الامام ، وفيه غرض المسألة وبناءه القاضي حسين فيما نقله ابن الرفعة على الخلاف

في القسمة ان قلنا افراز (وان قلنا) بيع غكما لو اطلع على العيب بعد بيع بعضه . هكذا نقل ابن الرفعة عن القاضي ، ولم أره في تعليقه هكذا ، لكنه لو قال فيما لو اشترى مشاعا كنصف عرصة ثم قاسم المبيع ثم وجد عيبا قديما ان قلنا القسمة افراز له الرد . والا فلا . كما لو باع بعض المبيع ، قال : وفيه نظر .

(قلت :) اما البناء على أن القسمة افراز أو بيع فممتجة متعين (وأما) منع الرد اذا قلنا : انها بيع فيما اذا قاسم البائع فمشكل على القاضي حسين لأنه تقدم عنه أن المذهب فيما اذا باع بعض العين من البائع أنه يرد فينبغي أن يكون هنا ، الصحيح الرد على البائع اذا قاسمه على القولين ، وذكر القاضي في الفتاوى اذا اشترى شقصا من ربع وقاسم شريكه ثم وجد به عيبا قال (ان قلنا) القسمة افراز له الرد (وان قلنا) بيع فهو باع نصف ما في يده بنصف ما في يد شريكه . فيرد النصف الذي يملك من الشريك عليه : فاذا رد يعود اليه النصف الذي يملك منه الشريك ثم يرد الكل بالعيب ، والا يبطل حقه ، لأن الرد يعقبه فسخ العقد لاختلاف الملك . قال : وعلى هذا لو اشترى عبدا بدراهم ، وباعه بثوب ، ثم وجد بالثوب عيبا فرده واسترد العبد وبه عيب قديم . فان كان قد علم به وهو في يد المشتري الثاني له أن يرد ، لأنه قصد رد الثوب ، والعبد عاد لا باختياره . وفيه وجه أنه لا يرد ، لأنه برد الثوب اختار ملك العبد معيبا .

(قلت :) هكذا قال القاضي ، وهو على رأيه الذي سنذكره فيما اذا باع العيب ثم اشتراه عالما بعيبه أنه لا يرده على الأول ، والصحيح خلافه ، ولو أراد الممنوع من الرد الأرش . قال الامام : ان حصل اليأس من امكان رد نصيب الآخر بأن اعتقه وهو معسر فله أخذ الأرش . وان لم يحصل نظر ان رضى صاحبه بالعيب فيبني على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه الى نصيبه وأراد أن يرد الكل ويرجع بنصف الثمن . هل يجبر على قبوله كما في مسألة النعل . وفيه وجهان (ان قلنا) لا . أخذ الأرش (وان قلنا) نعم . فكذا في أصح الوجهين . لأنه توقع بعيد . وان كان صاحبه غائبا لا يعرف الحال غفى الأرش وجهان عن حكاية صاحب التقريب من جهة الحيولة الناجزة .

وقد بقى مسائل من هذا النوع لم يذكرها المصنف •

(منها) اذا تعدد البائع ، كما لو اشترى واحدا عينا من رجلين ، فله رد نصف المبيع على أحد البائعين ، وقاله القاضى حسين وغيره ، فان الصفقة تتعدد بتعدد البائع قطعا ، ووافقه أبو حنيفة رحمه الله فيه ، ولو اشترى واحد شقصين من رجلين فهل للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما ؟ فيه وجهان (أحدهما) نعم للتعدد (والثانى) لا ، للضرورة • قاله أبو حنيفة رحمه الله ، وقد تقدم مذهبنا ومذهبه فيما اذا تعدد المشتري • قال القاضى حسين : فمذهب أبى حنيفة فى الشفعة على عكس مذهبه فى الرد بالميب •

(ومنها) اذا تعدد العاقدان بأن اشترى رجل عينا من رجلين فهو فى حكم أربعة عقود • وكان كل واحد منهما اشترى ربع المبيع من هذا والربع من ذلك • فله أن يرد نصيب أحد البائعين • وكذلك لصاحبه ، قال القاضى حسين وغيره • ولو اشترى ثلاثة أنفس من ثلاثة أنفس عبدا لكل واحد من الثلاثة أن يرد بيع العبد على كل واحد من البائعين الثلاثة ، لأن حكمها حكم العقود التسعة ، قاله الماوردى •

(ومنها) اذا تعدد المعقود عليه والعاقد معا بأن اشترى رجلان عبيدين من رجلين فلكل واحد منهما رد الربع من العبيدين على كل واحد من البائعين ، وهل له رد الربع من أحدهما على أحد البائعين ؟ على القولين فى تفريق الصفقة فى الرد • هكذا قال القاضى حسين •

وقال أيضا فى الصورة المذكورة بعينها فى هذا الموضع بعينه : هل لكل منهما رد النصف من أحدهما على أحد البائعين ؟ على القولين • هكذا رأيت فى النسخة ، وكأنها غلط ، والصواب أن يقال على البائعين اسقاط أحدهما فان كل واحد من المشتريين اشترى النصف من البائعين لا من أحدهما ، والتحقيق فى ذلك أن يقال : لهما رد العبيدين على البائعين قطعا ، ورد نصفهما على أحد البائعين قطعا ، وهل لأحدهما رد نصفهما على البائعين ، أو ربيعهما على أحد البائعين ؟ فيه الخلاف فيما اذا اشترى اثنان من واحد ، وهل لأحدهما رد الربع من أحدهما

على أحد البائعين على قولى التفريق فيما إذا اشترى عبيدين من واحد ،
هذا إذا كان كل من العبدین مشاعا بين البائعين •

(ومنها) إذا كان أحد العبدین لهذا ، والآخر لذاك ، وجعما
بينهما فى الصفقة وجوزناه على أحد القولين ، فهل له رد أحد العبدین
بالعيب ان جوزناه فيما إذا كانا لواحد فهنا أولى والا فوجهان ،
والفرق أنه رد عليه جميع ما ملك من جهته ، قاله القاضى حسين ،
وقد تقدم عنه وعن غيره أنه يرد نصف العين الواحدة على أحد
البائعين ، فالقول هنا بأنه لا يرد بعيد •

(ومنها) إذا اشترى رجل عبيدين من رجلين مشتركين بينهما ، فله
أن يرد على أحدهما نصفى العبدین ، وليس له أن يرد نصفى العبدین
عليهما ، ولو أراد رد نصف أحد العبدین على أحدهما فعلى قولين • ولو
أراد رد ربع العبدین عليهما أو على أحدهما لم يجز بحال • قاله القاضى
حسين • قال : والحد فيها أن غيما هو الخير يثبت الخيار ، وفيما هو
الشر وجهان •

(ومنها) اشترى اثنان عبيدين من واحد فحكمهما ظاهر فيما تقدم
أنهما (١) رد العبدین قطعاً ولأحدهما رد حصته منهما على الأصح
كأحد المشترين الواحد ، وليس له رد نصف العبد الواحد على الأصح
كأحد العبدین مع المشتري الواحد ، ولم أرها مسطورة •

(فسرع) جملة المسائل المذكورة ترجع الى ثمانية أقسام ،
أن يتحد الجميع • أو يتعدد المبيع فقط أو المشتري فقط • وهذه الثلاثة
مذكورة فى الكتاب ، أو يتعدد البائع فقط أو البائع والمبيع • أو البائع
والمشتري • أو المبيع والمشتري أو يتعدد الجميع • ووجه أنه
اما أن يتعدد الجميع أو يتحد الجميع • أو يتحد واحد فقط أو يتعدد
واحد فقط • وفى كل من القسمين الآخرين ثلاثة •

(١) كذا فى ش وق والراجح لضبط السياق : « أن لهما رد ... »
(المطبعى)

(فرع) لو اشترى شيئاً واحداً في صفتين نصفه بصفة ونصفه بصفته أخرى من ذلك الرجل أو من غيره جاز له رد أحد النصفين بالعيب دون الثاني بخلاف لتعدد الصفة .

(فرع) هذا كله إذا تولى كل واحد منهما العقد بنفسه أو كان عن كل واحد وكيل واحد . أما إذا عقد بالوكالة وحصل التعدد في الوكيل أو في الموكل . فهل الاعتبار في تعدد العقد واتحاده بالعقد أو المعقود له ؟ فيه أوجه (أصحها) عند الأكثرين أن الاعتبار بالعقد ، وبه قال ابن الحداد ، لأن أحكام العقد تتعلق به وخيار المجلس يتعلق به دون الموكل ، ويعتبر رؤيته دون رؤية الموكل .

(والثاني) الاعتبار بالمعقود له وهو الموكل . قاله أبو ريد والخضرى ونسبه بعضهم إلى أئمة العراق . وهو الأصح في الوجيز .

(والثالث) الاعتبار في طرف البيع بالمعقود له وفي الشراء بالعقد . قاله أبو اسحاق المروزي ونسبه الرويانى إلى القفال . والفرق أن العقد يتم في الشراء بالمباشر دون المعقود له . ولهذا لو أنكر المعقود له الاذن في المباشرة وقع العقد للمباشر بخلاف طرف البيع . قال الامام رحمه الله : وهذا الفرق فيما إذا كان التوكيل في الشراء في الذمة فان وكله بشراء عبد بثوب معين فهو كالتوكيل بالبيع .

(والرابع) قال في التتمة : الاعتبار في جانب الشراء بالموكل ، وفي البيع بهما جميعاً ، فأيهما تعدد تعدد العقد اعتباراً بالشخص المشفوع ، فان العقد يتعدد بتعدد الموكل في حق الشفيع ، ولا يتعدد بتعدد الوكيل حتى لو اشترى الواحد شقصاً لائنين ، فللشفيع أخذ حصة أحدهما بالفلس ولو اشترى وكيلان شقصاً لواحد لم يجز للشفيع أخذ بعضه ، وفي جانب البيع حكم تعدد الوكيل ، والموكل واحد ، حتى لو باع وكيل رجلين شقصاً من رجل ليس للشفيع أخذ بعضه ، وإذا ثبت ذلك في الشفعة ثبت في سائر الأحكام .

قال صاحب التتمة : وهذا أبعد الطرق ، لأن في باب الشفعة

يأخذ من المشتري فإذا أخذ نصف ما في يده أضربه ، وههنا يرد على البائع ، فإذا تعدد البائع ورد على أحدهما ما كان له لم يتضمن ضررا ، وإذا تعدد الوكيل واتحد البائع فرد عليه نصف ماله تضمن ضررا ، وهذا الذي قاله صاحب التتمة صحيح ، ومدرک الشفعة غير مدرک هذا الباب ، ولذلك نقول في الشفعة : ان الصفقة تتعدد بتعدد المشتري جزما ، وفي البائع خلاف عكس ما في هذا الباب ، ففي كل باب ينظر الى المعنى المختص بذلك الباب .

(والخامس) اذا كان الوكيل من جهة المشتري فالعبرة بالموكل ، وان كان من جهة البائع فالعبرة بالعائد ، وهذا بالعكس مما قاله أبو اسحاق حكاه القاضي حسين في تعليقه ، وهو مغاير لما حكاه صاحب التتمة ، فهذه خمسة أوجه في تعدد الصفقة واتحادها اذا جرت بوكالة ، ونقل صاحب التتمة عن القفال فيما اذا وكل رجلان رجلا فاشترى لهما عبدا .

قال : وقال القفال : ان كان البائع يعلم أنه وكيل رجلين فلا أحدهما أن يرد نصيبه وان كان البائع يعتقد أنه يشتري لنفسه أو اعتقد أنه وكيل لواحد فليس لأحدهما أن يرد النصف ، وهذا ليس وجهها سادسا في التعدد والاتحاد ، بل تفريع على القول بالتعدد ، وهكذا يقتضيه كلام القاضي حسين وغيره ، وعلى هذا مأخذه رضا البائع بالتبعض وعدمه ، وهو من نص الشافعي رحمه الله في الرهن اذا اشترى رجل له ولشريكه عبدا ورهن الثمن عينا مشتركة ، ثم وفر أحد الشريكين نصيبه من الثمن انفك نصيبه من الرهن على أحد القولين ، وهل للبائع الخيار بخروج بعض الرهن عن يده قبل كمال حقه ؟ .

قال الشافعي رحمه الله : ان كان البائع عالما بأنه يشتري لنفسه ولشريكه وأن الرهن مشترك بينهما فلا خيار له ، وان كان يعتقد أنه اشترى لنفسه على الخصوص أو لشريكه ، وأن الرهن لواحد فله الخيار ، وكذلك في هذه المسألة ولا دليل في ذلك ، على أن القفال يقول بالتعدد لتعدد الوكيل في الشراء ، ولا يخالفه ، كما تقدمت الحكاية عنه في موافقة أبي اسحاق ، ولكن مأخذه ما ذكره ، وانما ذكرت ما قاله

مع الأوجه في تعدد الصفقة واتحادها . لأننا نحتاج اليه في هذا المكان ،
اذ المقصود ههنا ما يترتب على هذا الأصل من الفروع في الرد ،
ولابد من التفريع عليه ، وقد يجيء في بعض الفروع بسببه ستة أوجه ،
وضعف القاضي حسين قول أبي اسحاق ، ورأى أن الصحيح مأخذ
ابن الحداد ومأخذ أبي زيد ، وأن أصلهما أن وكيل الشراء هل يطالب
بالثمن ؟ ووكيل البيع هل يطالب بتسليم المبيع ؟ •

(فروع) على هذا الأصل (منها) لو اشترى وكيل لرجل
شيئا فخرج معييا فان قلنا بالأصح وهو اعتبار العاقد مطلقا ، أو لقول
أبي اسحاق ، فليس لأحد الوكيلين افراد نصيبه بالرد ، وبه قطع
الماوردي ، وقابسه جماعة على ما لو اشترى ومات عن اثنين وخرج
معييا لم يكن لأحدهما افراد نصيبه بالرد ، وهل لأحد
الموكلين والاثنين أخذ الأرش ؟ سيقع التعرض له ان شاء الله
تعالى عند ذكر المصنف مسألة الاثنين في آخر الفصل
ان شاء الله تعالى ، فهذا اذا قلنا بقول ابن الحداد وهو الأصح ،
ويوافقه هنا قول أبي اسحاق ، وان قلنا بقول أبي زيد جاز لكل من
الموكلين افراد نصيبه بالرد ، وكذلك على الوجه الذي حكاه صاحب
التتمة ، والوجه الذي حكاه القاضي حسين على رأى القفال يفرق بين
علم البائع وجهله ان علم جاز لأحدهما أن يرد نصيبه ، وان جهل
فلا لأنه لم يرض بتبعض الملك عليه كذلك تقدم عن صاحب التتمة ،
وقاله القاضي حسين وصاحب التهذيب ولم يعينا قائله ، فحصل في
هذا الفرع ثلاثة أوجه •

(ومنها) لو وكل رجلان ببيع عبد لهما ، أو وكل أحد الشريكين
صاحبه فباع الكل ، ثم خرج معييا ، هل الأصح وهو قول ابن الحداد :
لا يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما ؟ وعلى الثلاثة الأوجه الآخر
يجوز ، وعلى الخامس يقتضى أن لا يجوز • وحكى الماوردي الوجهين
هنا مع قطعه بالمنع أن التوكيل بالشراء كما تقدم يخالف بين الصورتين ،
وهو يقتضى طريقة بأن العبرة في جانب الشراء بالعاقد ، وفي جانب
البيع وجهان ، ولذلك أبديت فيما تقدم نظرا في قول من نسب قول
أبي زيد الى أئمة العراق •

(ومنها) لو وكل رجلين في بيع عبده فباعه لرجل ، فعلى الوجه الأول يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما ، وعلى الأوجه الأربعة الأخر لا يجوز •

(ومنها) على ما قاله الرافعي : لو وكل رجلان رجلا في شراء عبد ، أو وكل رجلا في شراء عبد له ولنفسه ففعل وخرج العبد معييا ، فعلى الوجه الأول والثالث ليس للموكلين افراد نصيبه بالرد ، وعلى الثاني والرابع يجوز •

وقال القفال : ان علم البائع أنه يشتري لهما فلاحدهما رد نصيبه لرضا البائع بالتبعض وان جهله ، قلت : وهذا الفرع هو الأول بعينه ، وقد تكرر ذلك في الشرح والروضة • وأظن الحامل على ذلك أن صاحب التهذيب ذكر هذا الفرع كما هو هنا ، وذكر الحكم فيه بالرد ثم أعاده لأجل الكلام في الأرش ، وغير عبارته فقال : اذا اشترى رجل بوكالة رجلين لهما شيئا فذكرهما الرافعي بالعبارتين وقدم الثاني على الأول ، وذكر حكم الرد في الموضعين ، وكان يستغنى بالأول عن الثاني • وتبعه في الروضة على ذلك ، والله أعلم •

(فرع) نقل ابن الرقعة هذا الفرع المتقدم لو كان المشتري واحدا لنفسه ولموكله ، وصرح بذلك في العقد ، فهل لأحدهما أن ينفرد بالرد ؟ فيه وجهان • واختيار أبي اسحاق لا • • والثاني وهو الأصح وبه قال ابن أبي هريرة نعم • • لأنهما بالذكر صارا كما لو بائرا ، حكاه صاحب البحر والقاضي أبو الطيب في كتاب الشركة •

(قلت :) وذلك مخالف لما ذكر أنه لا يصح هنا (والأصح) ما ذكره هنا ، لأن الأصح أن الوكيل مطالب بالعهد وان صرح بالمباشرة •

(ومنها) لو وكل رجلان رجلا في بيع عبد ، ورجلان رجلا في شراء ، فقتبايع الوكيلان فخرج معييا ، فعلى الأوجه (الأول) لا يجوز التفريق ، وعلى (الثاني) و (الرابع) يجوز فليهما أن يردا على أحد البائعين نصف العبد ، ولأحدهما أن يرد النصف عليهما ، وله رد الربع

من أحدهما لأنه جميع ما يملكه عليه ، وعلى (الثالث) في جانب المشتري متحد دون البائع ، فيكون حكمه حكم الواحد يشتري من رجلين ، فلهما أن يردها نصيب أحد البائعين ، وليس لأحدهما أن يرده نصيبه عليهما ، وعلى (الخامس) يقتضى أنه كما لو اشترى اثنان من واحد عكس الثالث ، فكل من الموكلين في الشراء رد حصته بكمالها ، وليس له رد نصفها على أحد الموكلين في البيع وعلى ما قاله القفال يفرق بين العلم والجهل كما تقدم ، فهذه خمسة أوجه في هذا الفرع .

وصاحب التتمة حكى فيه خمسة أوجه أيضا ، لكنه لم يحك الوجه الذى قاله القاضى حسين ، وانما ذكر الوجه الذى تقدمت حكايته عنه ، والذى يظهر في هذا الفرع أنه يتجه التفريع عليه ، وعلى الثانى كما تقدمت .

وأما الراغى رحمه الله فإنه اختصر جدا . وقال : فعلى الوجه الأول لا يجوز التفريق ، وعلى الوجه الآخر يجوز ، هكذا رأيته في النسخة ، الوجه الآخر والمراد به قول أبى زيد ، ويكون قد يدل التفريع على بقية الوجوه الأربعة التى ذكرها في الروضة وبعض نسخ الراغى ، وعلى الأوجه الأخرى يجوز ، فمقتضاه أنه يجوز على الوجه الثانى والثالث والرابع . فأما جوازه على الثانى والرابع فصحيح على إطلاقه كما تقدم . وأما على الثالث فليس على إطلاقه وقد تقدم بيانه .

(ومنها) وكل رجل رجلين في بيع عبد ، وكل رجل آخرين في شراء ، فتبايع الوكلاء ، فعلى الوجه الأول يجوز التفريق . قال الراغى والنووى : وعلى الوجوه الأخرى لا يجوز ، والأمر كما قالاه على الوجه الثانى مطلقا . وأما على الثالث فيكون كما لو اشترى اثنان من واحد ، وعلى الرابع كما لو اشترى واحد من اثنين ، وعلى الخامس كذلك ، ولا يخفى الحكم في ذلك ، والراغى رحمه الله لم يذكر الوجه الخامس في أصل المسألة ، فحصل في هذا الفرع أربع طرق . وهذه الفروع الخمسة ذكرها الراغى رحمه الله وتقدمه بذكرها جماعة ، وهى في الراغى والروضة ستة للتكرار الذى تقدم التنبيه عليه .

(ومنها) ولم يذكره الراعى : لو وكل الواحد رجلين فى الشراء
دون البيع قال القاضى حسين : فعلى طريقة ابن الحداد والشيخ
أبى اسحاق للموكل أن يرد النصف ، وعلى طريقة أبى زيد ليس له رد
النصف . قلت : وعلى ما حكاه صاحب التتمة والذى حكاه القاضى حسين
أيضا ليس له الرد ، ولا يأتى هنا الوجهان •

(فرع) اذا صدر العقد بالوكالة فذلك على ستة عشر قسما ،
لأنه اما أن يتحد وكيل البيع ووكيل الشراء وموكلاهما ، واما أن يتعدد
الجميع ، واما أن يتحد واحد فقط وهو أربعة • واما أن يتعدد واحد
فقط ، وهو أربعة ، واما أن يتعدد اثنان وهو ستة تقدم من هذه
الأقسام الستة عشر ستة فى الفروع الستة المذكورة ، وهى اذا تعدد
واحد فقط بصورة الأربعة ، وقسمان من تعدد الاثنين وهما تعدد
الوكيلين ، وتعدد الموكلين ، وبقيت عشرة منها اتحاد الجميع ولا حاجة
اليه هنا ، والتسعة الباقية لا يخفى تدبرها وتفريعها على الفقيه ، واذا
أخذ مع هذه الأقسام تعدد العين المبيعة واتحادها كانت الأقسام
اثنين وثلاثين فرعاً ويحتاج الفقيه فى حكم كل منها وتفريعها الى تيقظ ،
والله أعلم •

(فرع) فأما اذا جرى العقد بوكالة من أحد الطرفين فقط
فستة عشر مسألة لأن العاقد لنفسه اما واحد أو متعدد • وعلى التقديرين
فالوكيل مع موكله أربع صور صارت ثمانية مضروبة فى تعدد المبيع
واتحاده ، فهذه ستة عشر فى البائع ومثلها فى المشتري ، وقبلها اثنان
وثلاثون ، وقبلها فيما اذا كان العقد بغير وكالة ثمانية ، وكل منها اما
أن يفصل فيه الثمن أو لا ، ولولا التطويل لذكرت كل صورة من ذلك
وهكهما وما يقتضيه التفريع فيها ، ولكن معرفة الأصل كافية للتبيين ،
والله أعلم •

وانما ذكرت تعدد المبيع واتحاده وان لم يكن له أثر فى تعدد
الصفقة ، لأن له أثراً فى الرد بالعيب الذى نتكلم فيه كما تقدم ، والله
تعالى أعلم •

(فسر) هذا كله اذا جرى العقد بصيغة واحدة ، غلو جرى بصيغتين فلكل منهما حكمها ، وقد تقدم التنبيه على كل ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان مات من له الخيار انتقل الى وارثه لانه حق لازم يختص بالمبيع فاننتقل بالموت الى الوارث ، كحبس المبيع الى أن يحضر الثمن) •

(الشرح) قوله : لازم احتراز من الحقوق الجائزة التي تبطل بالموت كالوكالة والشركة وخيار القبول وخيار الاقالة وخيار المكاتب ونحو ذلك (وقوله) يختص بالمبيع احتراز من خيار الرجوع في الهبة والعيب في المنكوحة ، هكذا ذكره المتكلمون على المذهب •

وقال أبو الطيب في تعليقه : يتعلق بعين المبيع وجعله احترازا من الأجل ، فإنه يتعلق بما في الذمة ، والأعيان لا تقبل التأجيل ، وصورة المسألة اذا مات المشتري قبل الاطلاع على العيب أو بعد الاطلاع وقبل التمكن من الرد أو يحدث العيب قبل القبض بعد موت المشتري ، ويقدر ثبوته للميت ثم ينتقل كما في سائر الأمور التقديرية ، وهذا الحكم من كون خيار العيب ينتقل للوارث لا خلاف فيه ، ونقل من صرح به هنا ، ولكن في خيار الشرط حيث يذكرون الخلاف فيه بيننا وبين الحنفية يقيسونه على خيار العيب •

(قاعدة) الحقوق في المذهب (منها) ما يورث قطعا (ومنها) ما لا يورث قطعا (ومنها) ما فيه خلاف ، وجملة ما يحضرني من الحقوق الآن خيار الرد بالعيب ، وخيار الشفعة ، وخيار الفلوس ، وحق حبس المبيع والرهن والضمان ، ومقاعد الأسواق ، وخيار الشرط ، وخيار تلقى الركبان ، وخيار تفريق الصفقة وخيار الامتناع من العتق ، وخيار الخلف ، وحق الحجز ، وحق اللقطة ، وحق المرور ، والاختصاص بالكلب ، وجلد الميتة ونحوهما • وخيار المجلس وقبول الوصية وحق القصاص وحد القذف والتعزير وخيار الرؤية اذا أثبتناه والتحالف والعارية والوديعة والوكالة والشركة والوقف والولاء ،

والخيار فى النكاح خيار القبول وخيار الاقالة ، وخيار الوكيل . وحق الرجوع فى الهبة وحق الأجل والتعيين والتبيين فى ابهام الطلاق ، وفى نكاح الشرك ، وتفسير الاقرار بالمجمل ، والله تعالى أعلم .

(فرع) لو قطع ابن المشتري يد العبد المبيع قبل القبض ثم مات المشتري قبل التمكن من الاختيار وانتقل الارث الى الابن القاطع ، هل له الخيار بحق الارث ؟ قال الرويانى : يحتمل أن يقال : له الخيار لأنه يستفيد الخيار عن المورث لا عن نفسه بدليل أنه لو رضى بالعيب فى حياة المورث ثم مات الأب كان له الخيار فإذا صح هذا فإن إختار اجازة البيع لم يغرم شيئاً للقطع لأنه ملكه . وان فسخ كان عليه نصف القيمة ويسترجع الثمن . وفى القول الآخر يغرم نقصان القيمة الحاقاً للمالك بالأموال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان له وارثان فاختار أحدهما أن يرد نصيبه دون الآخر لم يجز ، لأنه تبعض صفقة فى الرد . فلم يجز من غير رضا البائع كما لو أراد المشتري أن يرد بعض المبيع) .

(الشرح) هذا الذى ذكره المصنف رحمه الله هو الصحيح ، وهو قول ابن الخداد ، وقطع به جماعة منهم القاضى حسين والامام ، وممن صححه الرافعى والجرجانى ، وقال الفورانى : انه ظاهر المذهب . واستدلوا له بأن أحد الاثنين لو سلم نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف اليه ، وبأنهما قائمان مقام المورث ولم يكره له التبعض . وهذا هو استدلال المصنف رحمه الله . واحترز بقوله : تبعض عن خيار الشرط ، ويقول الصفقة أى الواحدة عن المشتري وفيه وجه أنه ينفرد أحد الوارثين برد نصيبه لأنه جميع ماله حكاه الرافعى . ونقله أبو اسحاق العراقي عن حكاية أبى على محتجا بالصحيح المشهور فى المكاتب اذا ورثه اثنان فأعتق أحدهما نصيبه أنه ينفذ والفرق بينهما ظاهر . ونظره ابن الرفعة بقوله فى الراهن اذا مات وخلف اثنين فوفى أحدهما من الدين بقدر نصيبه أنه ينفذ نصيبه وبالجمله هذا

الوجه ضعيف (واذا قلنا) به فلا أرش وعلى الأول هل يجب الأرش للذى منعناه من الرد ؟ غيه وجهان (أحدهما) يجب ونسبه الرويانى الى ابن الحداد لتعذر الرد كما بالتلف (والثانى) لا يجب ، لعدم اليأس ، فإنه يرجو موافقة صاحبه ، قاله القاضى حسين ، والأصح التفصيل ان حصل اليأس بأن علم الآخر بالعيب وأبطل حقه ، أو توانى مع الإنكار ، رجع هذا بالأرش ، وان كان يرجو موافقة صاحبه لغيبته أو حضوره مع عدم اطلاعه فلا . وهذا من القاضى رحمه الله قد يوهم أن فى المسألة ثلاثة أوجه (أحدها) أنه لا يجب الأرش مطلقا وان حصل اليأس ، لكن الذى قاله الامام وصاحب التهذيب والرافعى وجزموا به وجوب الأرش فى حالة اليأس ، وهو الظاهر ، فليكن قول القاضى محمولا على انه أراد تنزيل الوجهين على ذلك . وعلته فى الوجه الثانى ترشد الى أن محله عند عدم اليأس . وكلام الرويانى يدل على ذلك ، فإنه حكى قول الرد وقول آخذ الأرش ، وقول التفصيل . كما قاله القاضى ونسبه الى القفال . وكذلك فعل صاحب التتمة قطع حالة اليأس بوجوب الأرش .

وحكى الوجهين حالة عدم اليأس لوجود التعذر والكلام فى الوارثين كما صرح به القاضى حسين . والرافعى أجاز تعيينه فيما اذا وكل اثنان واحدا بالشراء . ومنعنا كلا من الموكلين من الانفراد برد نصيبه ، فهل له الأرش ؟ غيه الخلاف المذكور ، فيحصل بذلك مع الوجه الذى حكاه الرافعى رحمه الله فى مسألة الوارثين ثلاثة أوجه (أصحها) لا يرد ، ويأخذ الأرش ان أيس (والثانى) لا يرد الأرش (والثالث) يرد .

وقولنا هنا على الأول أنه يأخذ الأرش ، أى هل هو على سبيل التعيين ؟ أو للبائع أن يسقطه بالرضا بالرد الذى ذكره البغوى ، وكذلك قطع المساوردى فى مسألة الوارثين بأن البائع بالخيار بين أن يسترجعه بنصف الثمن وبين أن يعطى نصف الأرش ، وهذا يقتضى أنه لا يكون هو الوجه الأول ، ويكون المراد أنه يأخذ الأرش أى ان لم يوافق البائع على الرد .

وليس المراد أنه يجب الأرش عينا ، رضى البائع أو سخط ، ويعضد

هذا الاحتمال أن قول المنع الذي هو الصحيح منسوب الى ابن الحداد كما تقدم ، وهو مع ذلك قائل كما قاله القاضي أبو الطيب في شرح الفروع أنه اذا طلب أحد الاثنين الأرض يجبر البائع ، كما قاله الماوردي ، فعلى هذا اذا رضى البائع بالرد وسقط حق المشتري من الأرض ، ويحتمل أن يكون كل من الكلامين محمولا على ظاهره فيكون في المسألة أربعة أوجه ، والاحتمال الأول حتى يكون قول ابن الحداد مطبقا على ما هو الصحيح ، ويدل عليه كلام صاحب التهذيب ، والتحقيق في ذلك أنا ان جعلنا المانع كون الصفقة متحدة ، ولا يقبل التفريق شرعا غيمنتع ويجب الأرض عينا ، وليس للبائع الرضا بالرد واسقاط حق المشتري من الأرض ، وان جعلنا المانع الضرر الحاصل للبائع بالتبعض ، فاذا رضى بالرد فقد رضى بحصول الضرر له ، فيبطل حق المشتري من الأرض .

(وأما) الرافعي رحمه الله فانه قال تبعا لصاحب التهذيب في مسألة الاثنين ، والموكلين في الشراء اذا منعنا أحدهما عن الانفراد أنه حصل اليأس عند رد الآخر فان رضى به وجب الأرض ، هذا وان لم يحصل فكذلك على الأصح ، فأما جزمه بالأرض عند اليأس الحقيقي فجديد وهو موافق لما تقدم عن الامام ، وقد تقدم أن كلام القاضي يوهم جريان الخلاف فيه وتأويله ، وأما بقية الكلام عليه ففيه مناسبة في قوله : ان اليأس عن رد الآخر بأن رضى به وجب الأرض . هذا وان لم يحصل فذلك يحصل برضا الآخر وقد تقدم هو عن الامام وقدمته عنه أن اليأس باعتاق الآخر وهو معسر .

(وأما) الرضا فانه قدم فيه خلافا عن الامام مبني على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه الى نصيبه وأراد رده والرجوع بنصف الثمن ، هل يجبر البائع على قبوله (ان قلنا) لا ، وجب الأرض والا فكذلك في الأصح فقطعه هنا بأن الرضا يحصل به اليأس مخالفا لما ذكر هناك .

وأما قوله : ان الأصح وجوب الأرض — اذا لم يحصل الرضا — فهو فيه موافق لصاحب التهذيب ، وذلك مخالف لما صححه القاضي

حسين ، والترجيح بين التصحيحين متوقف على تحقيق المأخذ في وجوب الأرش وهل هو اليأس أو لا ؟ والأول هو الذى يقتضيه كلام الشافعى رضى الله عنه ، وسأذكره عند ما اذا باع المبيع ثم اطلع على عيبه ان شاء الله تعالى ، واذا تحقق ذلك ظهر أن الأصح ما قاله القاضى حسين والا فالأصح على ما قاله الرافعى والبغوى •

(فرع) اذا أوجبنا الأرش للممنوع من الرد ، فهل هو أرش النصف ، أو نصف الأرش ؟ قد تقدم فى كلام الماوردى فى الاثنين (الثانى) وهو كذلك فان الصفقة واحدة ، وأحد الوارثين يستحق نصف ما كان الميث يستحقه ، وهو مستحق عند تعذر الرد الأرش كاملا فيستحق أحد وارثيه عند تعذر الرد نصفه وأما أحد الموكلين فى الشراء فمن حيث كون الصفقة واحدة اعتبارا بالوكيل على الأصح لنسبة مسألة الاثنين ، وفيه نظر من جهة أنهما لا يتلقيان استحقاق الأرش من غيرهما حتى ينقسم بينهما ، وانما يثبت لكل واحد أرش نقصان ملكه وقد يكون أرش النصف أقل من نصف الأرش لأننا نثبت من قيمة النصف ، وقيمة النصف أقل من نصف القيمة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجد العيب وقد زاد المبيع نظرت - فان كانت الزيادة لا تتميز كالسمن - واختار الرد مع الزيادة ، لأنها لا تنفرد عن الأصل فى الملك ، فلا يجوز أن ترد دونها) •

(الشرح) الزيادة المتصلة التى لا تتميز كالسمن ، وتعلم العبد الحرفة والقرآن وكبر الشجر ، وكثرة أغصانها تابعة ، يرد الأصل ولا شئ على البائع بسببها ، ويجبر البائع على قبول العين زائدة ، وأوراق شجرة الفرصاد اختلف الأصحاب فى أنها كالأغصان أو كالثمار ، وأوراق سائر الأشجار كالأغصان ، قالهما الامام رحمه الله ، ولو اشترى غزلا فنسجه ، ثم علم به عيبا • قال الماوردى : حكى ابن سريج فيه قولين •

(أحدهما) يتخير المشتري بين الرد ولا أجرة له عن النسيج وبين الامساك وأخذ الأرش ، لأن النساجة أثر لا عين •

(والثانى) أن البائع ان بذل الأجرة فله أن يسترده منسوجا ،
وان امتنع لزمه الأرض ، لأن النساجة زيادة عمل في مقابلة عوض ،
قال الرويانى : وهذا أصح عندي ، ولا يجوز غيره ، قال المحاملى :
وفي هذا نظر وأن خيار البائع انما يترتب على امساك المشتري ،
وطلب الأرض ، فكيف يجعل قولنا ثانيا ؟ •

بل يتحصر الجواب في المسألة بأن نقول : المشتري بالخيار بين
الرد ، ولا أجرة له وبين الامساك وأخذ الأرض ، فان اختار الامساك
كان للبائع دفع أجرة النسيج والرد ، فان اختار ذلك أجبر المشتري ،
وان لم يختار أجبر البائع على دفع الأرض وقال صاحب التهذيب : لو زاد
المشتري في المبيع شيئا يصنعه بأن كانت دارا فعمرها أو ثوبا فصبغه ،
ثم اطلع على عيب ان أمكنه نزع الزيادة من غير نقص نزعها ورد
الأصل ، وان لم يمكنه ، فان رضى البائع بأن يرده ويبقى شريكا في
الزيادة رد ، وان امتنع أمسكه ، وأخذ الأرض ، وسيأتى فرع طويل
في الصبغ فيه زيادة على ما قال صاحب التهذيب هنا ، أذكره ان شاء الله
عند الكلام فيما اذا نقص المبيع •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كانت زيادة منفصلة كاكساب العبد ، فله أن يرد ويمسك
الكسب لما روت عائشة رضى الله عنها « أن رجلا ابتاع غلاما فاقام
عنده ما شاء الله أن يقيم به ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي
صلى الله عليه وسلم ورد عليه ، فقال الرجل : يا رسول الله •• قد استفل
غلامي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الخراج بالضمان ») •

(الشرح) حديث عائشة هذا رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم
في المستدرک وقال : صحيح الاسناد ولم يخرجاه • وقد روى حديث
عائشة هذا مطولا كما ذكره المصنف رحمه الله ومختصرا غالمطول من
رواية مسلم بن خالد الزنجى شيخ الشافعى عن هشام بن عروة
عن أبيه عن عائشة : كذلك رواه الشافعى في الأم • ورواه الأئمة
المختصرون • وقد وثق يحيى بن معين رحمه الله مسلم بن خالد يسأله

العباس بن محمد عنه فقال : ثقة ، وكذلك قاله في رواية الدارمي عنه ،
لكن البخاري رحمه الله قال عنه : انه منكر الحديث ، وقال أبو داود
عقب روايته لهذا الحديث : هذا اسناد ليس بذاك •

وأما المختصر فلم يذكر فيه القصة ، واقتصر على قول النبي صلى
الله عليه وسلم : « الخراج بالضمان » رواه أيضا مسلم بن خالد عن
هشام ، ورواه عنه الشافعي رحمه الله في الأم ، وتابع مسلما على
روايته هكذا عمر بن علي المقدمي ، وهو ثقة متفق على الاحتجاج بحديثه •
رواه الترمذي عن أبي سلمة يحيى بن خلف الجوباري وهو ممن روى
عنه مسلم في صحيحه عن عمر بن علي ، وهذا اسناد جيد ، ولذلك قال
الترمذي فيه : هذا حديث حسن صحيح غريب من حديث هشام
ابن عروة ولفظ الترمذي في هذه الرواية : « أن النبي صلى الله عليه
وسلم قضى أن الخراج بالضمان » وقد روى مختصرا أيضا من
طريق هي أشهر من هذه وان كانت هذه أحسن وأصح عن مخلد بن خفاف
عن عروة ، رواه الشافعي رضي الله عنه في الأم والمختصر • رواه
المختصر عن لا يتهم عن ابن أبي ذؤيب ، وفي الأم عن سعيد بن سالم
عن أبي ذؤيب ، ورواه أبو داود والترمذي وقال : حسن والنسائي
والحاكم في المستدرک من جهة جماعة عن أبي ذؤيب عن مخلد •

وعن مخلد قال : ابتعت غلاما فاستغليته ثم ظهرت منه على عيب
فخاصمته فيه الى عمر بن عبد العزيز ، فقضى له برده وقضى على
برد غلته ، فأتيت عروة فأخبرته فقال : « أروح اليه العشية فأخبره أن
عائسة أخبرتنني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في مثلي
هذا أن الخراج بالضمان فعجلت الى عمر فأخبرته ما أخبرني عروة ،
فقال عمر : فما أيسر على من قضاء قضيته ، الله يعلم أنني لم أر فيه
الا الحق ، فبلغني فيه بسنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فراج
اليه عروة فقضى له أن أخذ الخراج من الذي قضى به على له » •

وقد تكلم في مخلد واسناده هذا ، فقال الأزدي : مخلد بن خفاف

ضعيف وسيد(١) أبو حاتم عنه فقال : لم يرو عنه غير ابن أبي ذؤيب ، وليس هذا اسنادا تقوم به الحجة ، يعنى الحديث ، وعن البخارى أنه قال : هذا حديث منكر ولا أعرف لمخالد بن خفاف غير هذا الحديث ، قال الترمذى فقلت له : فقد روى هذا الحديث عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها ، فقال : انما رواه مسلم بن خالد الزنجى وهو راهب الحديث •

وقال الترمذى بعد رواية المقدمى : استغرب محمد بن اسماعيل — يعنى البخارى — هذا الحديث من حديث عمر بن على ، قلت : يراه تدليسا ، قال : لا ، واذا وقفت على كلام هؤلاء الأئمة رضى الله عنهم قضيت بالصحة على الحديث كرواية المقدمى ، لاسيما وقد صرح البخارى بانتفاء التدليس عنها ، وان كانت غريبة • وقضاء عمر ابن عبد العزيز بهذا كان فى زمن امرته على المدينة • قال الترمذى : والعمل على هذا عند أهل العلم ، قال : وتفسير « الخراج بالضمنان » هو الرجل يشتري العبد فيستغله ثم يجد به عيبا فيرده على البائع ، فالغلة للمشتري ، لأن العبد لو ملك ملك من مال المشتري ونحو هذا من المسائل يكون فيه الخراج بالضمنان • وقال الأزهرى : الخراج الغلة ، يقال خارجت غلامى اذا وافقته على شئ وغلة يؤديها اليك فى كل شهر ويكون مخلى بينه وبين كسبه وعمله •

قال الشيخ أبو حامد : ومنه خراج السواد لأن الفلاحين كانوا يعطون شيئا من الغلة عن الأرض • وقال الماوردى رحمه الله : الخراج اسم لما خرج من الشئ من عين ومنفعة وقال القاضى أبو الطيب : الخراج اسم للغلة والفائدة التى تحصل من جهة المبيع ، ويقال للعبد الذى ضرب عليه مقدار من الكسب فى كل يوم أو كل شهر : مخارج •

قال : وتولنا : « الخراج بالضمنان » معناه أن الخراج لمن يكون المال يتلف من ملكه فلما كان المبيع يتلف من ملك المشتري لأن

(١) كذا بالأصل ولعلها عبارة ترادف : « وذكر أبو حاتم » والله اعلم .
(المطبعى)

انضمنا انتقل اليه بالقبض كان الخراج له ولا يدخل على هذا ضمان
المغصوب على العاصب لأنه ليس له وانما هو ملك المغصوب منه
مضمون على العاصب . والمراد بالخبر أن يكون ملكه مضمونا على
المالك ، وهو أن يكون تلفه من ماله فاذا كان تلفه من ماله كان خراجه
له . ووزانه أن يكون خراج المغصوب للمغصوب منه ، لأن ملكه وتلفه
منها من ماله .

والشيخ أبو حامد اعتذر عن هذا بأنه لم يقل الخراج بالضمان
مطلقا ، وانما قالت عائشة رضى الله عنها : « قضى في مثل هذا أن
الخراج بالضمان » وفي ذلك الموضع كان الشيء ملكا له وقد حصل
في ضمانه ، وكل موضع يكون ملكا والضمان منه تكون الغلة له .
والمغصوب والمستعار والوديعة اذا تعدى شيئا كل هذه المواضع لا ملك
فلم تكن الغلة له . وهذا المعنى من كون المراد أن الخراج تابع للملك
والضمان هو المعتمد ، ولا خلاف أن عدم الملك لا يكون الخراج له .
وقد رأيت في كتاب الأزهري على ألفاظ الشافعي رحمه الله أنه اذا
اشتري الرجل عبدا بيعا فاسدا فاستغله أو اشتراه ببيع صحيح فاستغله
زمانا ثم عثر منه على عيب فردّه على صاحبه ، فإن الغلة التي استغلها
من العبد وهي الخراج طيبة للمشتري ، لأن العبد لو مات مات من
ماله لأنه كان في ضمانه فهذا معنى الخراج بالضمان . وهذا الذي قاله
الأزهري رحمه الله في البيع الفاسد غلط لا يأتي على مذهبا .

واعلم أن ما حكته من كلام الأصحاب يقتضى أن اسم الخراج
شامل للعين والمنفعة بالنص ، وكلام الشافعي رحمه الله في الرسالة
يقتضى خلاف ذلك ، وأنه قاس ما خرج من تمر حائط وولد على
الخراج ، وأن الشاة المصراة اذا رضيها ثم اطلع على عيب أضر بها
بعد شهر ردها ، ورد بدل لبن التصرية معها صاعا ، وأمسك اللبن
الحادث قياسا .

قال ابن المنذر : قال بظاهر قوله : « الخراج بالضمان » شريح
والحسن البصري وإبراهيم النخعي وابن سيرين وسعيد بن جبير ،

وبه قال مالك والثوري والشافعي وأبو اسحاق وأبو عبيد وأبو ثور .
قال مالك في أصواف الماشية والشعور كذلك وقال في أولاد الماشية
يردها مع الأمهات (١) وقد ذكر أبو ثور عن أصحاب الرأي أنهم ناقضوا
فقال في المشتري : إذا كانت ماشية فطلبها أو نخلا أو شجرا فأكل من
ثمرها لم يكن له أن يرد بالعيب ويرجع بالأرث ، وقال في الدار والدابة
والغلام : الغلة له ويرد بالعيب .

(قلت) قسم بعض أصحابنا الحاصل للمشتري من المبيع ، أما
أن يكون غير متولد من العين أو متولدا منهما ، فالأول أما منافع
كاستخدام العبد وتجارته وما اعتاد اصطياده واحتطابه واحتشاشه
وقبول الهدية والوصية ووجدانه ركازا أو لقطة ، ومهر الجارية إذا
وطئت بالشبهة وأجرة المبيع إذا أجره وأخذ أجرته ، فكل ما حصل من
ذلك — نادرا كان أو معتادا — للمشتري أن يستأثر به ويمسكه ويرد
المبيع وحده ، ويسترجع جميع النثم قولاً واحداً ، لا خلاف في ذلك
للحديث ، هكذا قاله جماعة .

وعن الرافعي في تلف المبيع قبل القبض أن الموهوب والموصى به
والركاز والكسب على الخلاف ، وسيأتي عن القاضي حسين ما يقتضي
جريان الخلاف في المهر قبل القبض عند التلف ، وقد حكى عن عثمان
الليثي وعبد الله بن الحسن أنه يلزمه رد غلة العبد حقه ، وقال عبيد الله :
ويرد الهبة التي وهبها أيضاً . وكان شبهتهما أن الفسخ يرفع العقد
من أصله ، وسيظهر الجواب عنه ان شاء الله تعالى . وعن أبي حنيفة
أنه ان رد قبل القبض رد الكسب والغلة وجميع ما ليس من غير الأصل
مع الأصل ، وان رد بعض القبض ولا يمنعه ذلك من الرد ، وما أظن
أحدًا يقول أنه يجب عليه رد أجرة استخدام العبد وتجارته له ،
وسكنى الدار ومركوب الدابة ونحوه مما هي منافع محضة لا أعيان
فيها ، ولو قال : ان الفسخ يرفع العقد من أصله ، ووجه الاعتذار على
ذلك لعله يتعرض له فيما بعد عند ذكر هذا الأصل ان شاء الله تعالى .

(١) سبق للامام النووي ترجيح قول من اطلق الامات على الحيوان
والامهات في الانسان
(المطيعي)

(فائدة أخرى) الموجود في النسخ في لفظ الحديث قد استعمل غلامين (١) — بالغين المعجمة واللام المشددة — وضبطه صاحب الاستقصاء — بالغين المهملة وميم بعدها وتخفيف اللام — وكل ما ذكر في العبد فمثله في الأمة الا الوطاء فسيأتى حكمه ان شاء الله تعالى ، والى هذا القسم أشار المصنف رحمه الله بقوله : اكتساب العبد ، وكذلك سكتي وركوب الدابة ، كل ذلك أدخله الأصحاب في اسم الغلة ، وان كان قد لا يشمل اسم الزوائد الذي تضمنه كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، وأما المتولد فسيأتى حكمه في كلام المصنف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان المبيع بهيمة فحملت عنده وولدت أو شجرة فأثمرت عنده رد الأصل وأمسك الولد والثمرة ، لأنه نماء منفصل حدث في ملكه فجاز أن يمسكه ويرد الأصل كغلة العبد) .

(الشرح) هذا هو القسم الثاني أن تكون الفوائد الحاصلة أعيانا متولدة من غير المبيع ، كالولد والثمرة واللبن والصوف الحادث بعد العقد ، وأوراق الفرصاد على أحد الوجهين كما تقدم ، وقد اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة مذاهب . مذهبنا أنه يمسك الثمار والفوائد الحاصلة ، ويرد الأصل بالعيب اذا لم يكن قد نقص بذلك ، يعني فلا يغيره ، وبه قال أحمد وأبو حنيفة : لا يكون له الرد ويأخذ الأرض . وقال مالك : يرد مع الأصل الزيادة التي هي من جنس الأصل ، وهي الولد ، ولا يرد ما كان من غير جنسه كالثمرة ، بل يرد الأصل وحده ، فوافقنا على الرد وخالفنا في امساك النتاج ، وأبو حنيفة رحمه الله خالفنا في الرد ، ومعتدنا في جواز الرد وجود العيب . وفي امساك الفوائد الحديث ، فان الخراج يشمل كل ما خرج عينا كان أو منفعة ، وقد ورد في رواية أخرى أن الغلة بالضمان ، والغلة تشمل الثمرة وغيرها والمصنف رحمه الله جعل الدليل في ذلك القياس على غلة العبد التي ورد النص

(١) كذا بالأصل ولعله : « غلاما » .

فيها ، وأبو حنيفة يسلم الحكم فيها قبل القبض ، وبمالك رحمه الله يسلم الحكم فيها مطلقا .

ومعتمد المخالفين أمران (أحدهما) أن الفسخ رفع للعقد من أصله ، وهذه قاعدة ينبنى عليها شروع هذا الفصل . وقد اختلف أصحابنا فيها ، والمذهب الصحيح وبه قال ابن سريج أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله ، لأن العقد لا ينعطف حكمه على ما مضى ، فكذلك الفسخ ، وبديل أنه لا يسقط به الشفعة ولو انفسخ من الأصل لسقطت ، ولأنه لو باع عبد الجارية فأعتق الجارية ثم رد العبد بالعيب لم يبطل العتق به ، ولو كان فسخا من الأصل لبطل ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده . وفيه وجهان آخران (أحدهما) أنه ان اتفق قبل القبض يرفعه من أصله ، لأن العقد ضعيف بعد ، فإذا فسخ فكأنه لا عقد يخالف ما بعد القبض ، ولا فرق في ذلك كما اقتضاه كلام الامام بين أن يكون العيب مقارنا للعقد أو حدث قبل القبض ، قال ابن الرفعة : وفي الثاني نظر ، كيف يتقدم على سببه ، ولعل ذلك لأن ما قبل القبض ملحق بما قبل العقد في الضمان وفي ذلك أيضا .

(والثاني) أنه يرفعه من أصله مطلقا تخريجا من القول بوجوب مهر المثل اذا فسخ النكاح بعيب حدث بعد المنتبش ، وهذا الوجه حكاه الرافعي عن التتمة هكذا ، وهو في التتمة لكن ليس فيها التصريح بقوله مطلقا ، ومراد الرافعي بالاطلاق بالنسبة الى ما قبل القبض وبعده (وأما) بالنسبة الى العيب المقارن والطارىء فلم يتعرض لذلك ، وفي التتمة توجيه الوجه الذى حكاه بأن سبب الفسخ قارن العقد وهو العيب ، فيستند الحكم اليه ، ويجعل كأنه جمع في العقد بين موجود ومعدوم ، حتى يصير كأن العقد لم يكن .

قال ابن الرفعة : وهذا من كلام يقتضى اختصاص هذه الطريقة بالعيب المقارن وفي العيب الحادث ، يعنى قبل القبض اذا فسخ به بعد القبض ، ينبغى أن يضاف الفسخ تفريعا عليها الى وقت حدوث العيب ، لا الى أصل العقد كما نقله عن بعض الأصحاب في فسخ النكاح .

(قلت :) وهذا جوابه ما قدمه هو من التسوية بين ما قبل القبض وما قبل العقد ، كما اقتضاه كلام الامام رحمه الله من التسوية بين العيب المقارن والطارىء فى جريان الخلاف قبل القبض ، فعلى الطريقة التى حكاها صاحب التتمة يكون كذلك ، ولو ثبت ما أشار اليه ابن الرفعة واقتضاه كلام صاحب التتمة لزم اثبات وجه باستناد الفسخ الى حالة حدوث العيب ، سواء حصل الفسخ قبل القبض أم بعده ، ولا نعلم من قال به فى شيء من الحالتين •

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : الرد بالعيب قبل القبض يرفع العقد من أصله وأما بعد القبض — فاذا كان بالتراضى — فيرفعه من حينه ، وان كان بحكم الحاكم فيرفعه من أصله ، واستدل أبو حنيفة على أن الفسخ يستند الى الأصل بأنه لا تجب فيه الشفعة • وأجاب أصحابنا رحمهم الله بأن الاقالة لا تجب فيها الشفعة ومع ذلك لا ترفع العقد من أصله ، وجعلوا الرد فى كونه رافعا من حينه مقيسا على الاقالة ، ثم قالوا : لو كان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله لأبطل حق الشفيع ، وهو لا يبطله ، فدل على أن الفسخ قطع للعقد من حينه •

(اذا ثبت هذا الاصل) فنحن نقول بأنه يرفع العقد من حينه ، فلذلك تكون الزيادة الحادثة فى ملك المشتري له ، ولا يمنعه ذلك من فسخ العقد كالاقالة ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول : لما كان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله لأنه جبر له بخلاف الاقالة أوجب ذلك أن يرد النماء الحادث ، لكننا أجمعنا أى نحن وأنتم على أنه لا يلزمه رد النماء ، فدل على أنه لا يجوز الرد ، وأيضا قالوا : لا يجوز رده بدون النماء المنفصل كالماتصل ، ومالك رحمه الله يجرى قوله فى رد الولد على هذا الأصل ، لكنه يلزمه ذلك فى سائر الزوائد ، والثمرة أولى بالرد اذا كانت مؤبرة حين الرد لأنها متصلة ، والولد منفصل ، فلما وافق على عدم ردها لزمه ذلك فى النتائج •

وأما أبو حنيفة رحمه الله فيلزمه التسوية بين الكسب الحاصل من غير العين والنتاج والثمرة الحاصلة من العين ، وقد غرق بينهما فقال :

يجوز الرد وبقيّة الأكساب له بعد القبض دون ما قبله كما تقدم .
وقال هنا يمنع الرد . وذلك تناقض ، بل كان اللائق بأصله أن يسوى
بين الجميع ، وأن يجوز الرد ويرد الزوائد كلها •

(الأمر الثانى) أن الزيادة الحادثة بعد البيع مبيعة تبعا ، لأنه
لا سبب للملك فيها الا سراية الملك من الأصل اليها ، والأصل مبيع ،
فيسرى حكمه اليها على صفته ، ومع هذا الأصل لا يحتاج فى رد
الفوائد الى أن العقد يرتفع من أصله ، بل يرد الفسخ على الولد مع
الأصل ، وهذا قول للمالكية ، وبه تتمسك الحنفية أيضا ، ونحن
نسلم أن سراية الملك من الأصل اليها والأصل مبيع ، فيسرى حكمه
اليه^(١) حاصلة ، ولكن سراية العقد لا معنى لها ، فان العقد لا يرجع
الى وصف المحل المعقود عليه اذ لا معنى لكونه معقودا عليه الا لكونه
مقابلا بالثمن بحكم صيغة العقد وهذه المقابلة لم تحصل الزيادة •
وعلى هذا الأصل تخرج مسائل الأولاد فى الطرد والعكس •

أما ولد المرهونة فليس بمرهون عندنا ، فان التوثق بالمرهون لا
يرجع الى صفة فيه • وولد المرهونة ليس مرهونا بالاتفاق حتى لا يتعدى
حق الرجوع اليه لأن الرجوع سلطة للمنعم فيما أنعم به ولم ينعم
الا بالأم • والولد متولد من الموهوب يسرى اليه ملك الهبة لا عقد
الهبة ، وولد الأضحية المعيبة وولد المستولدة كأتهما ، لأن الملك فى
المستولدة نقص بالاستيلاد ، وصار ذلك وصفا لها والثبات صارت
كالمسئمة الى الله تعالى من وجه ، وكالناقصة من وجه ، وهذا راجع
لصفتهما وولد المكاتب وولد المدبرة فيهما اختلاف قول ، ومنشؤه التردد
فى أن نقصان الملك من المكاتب هل يضاهى النقصان فى المستولدة ؟
أم يقال الكتابة حبر لازم كالحجر فى المرهون ؟ فتبين بهذا أنه انما
يسرى الى الولد ما كان وصفا للأم والخصم يرد ذلك فى الرهن والبيع
الى صفة فى المحل برغم أن ذلك وصف شرعى كالتضحية والاستيلاد •
فهذا فصل مفيد فى هذا المعنى من كلام الغزالي رحمه الله قال :

(١) بياض بالأصل فحرر قلت : ولعل السقط : « وسراية الملك
حاصلة » .
(المطيعى)

والنظر في الفرق والجمع في هذه الصورة دقيق ، والطريق فيه ما نبهنا عليه . وإذا تمهد أن الزيادة ليست مبيعة بطل القول برد النتاج والأكساب ، وبطل القول بذلك فيما قبل القبض أيضا ، وبطل منع الرد بسببها بعد القبض ، لأنها إذا لم تكن مبيعة فالبيع هو الأصل ، وقد تمكن من رد ما اشترى كما اشترى ، فليجز له الرد بعيب قديم لم يرض به كما إذا هلكت هذه الزوائد ، ثم على أبي حنيفة رحمه الله في هذا الطريق مزيد اشكال ، فانه ان كان مبيعا فليرد الأصل معها ، كما قال مالك ، وكما قال أبو حنيفة قبل القبض ، وان لم يكن مبيعا فامتناع الرد بسببه لا معنى له . وعند هذا قد تم النظر في مذهبنا .

هذا كلام الغزالي رحمه الله في المأخذ وقد تكلم الأصحاب في الأولاد في كتاب الرهن وهي ولد المرهونة وأم الولد والمكاتبة والمدبرة والمعققة بصفة . والأضحى والمدبرة والجانية والضامنة والشاهدة والوديعة والعارية والمستأجرة والمغصوبة والمأخوذة بالسوم ، والموصى بها ، والزكاة ، وان يسر الله تعالى من الوصول الى الرهن أذكر تفصيلها هناك ان شاء الله تعالى وله أكمل^(١) .

وهنا تنبيهات (أحدها) أن الذين قالوا من أصحابنا : أن الرد يرفع العقد من أصله لم نعلم أحدا منهم يقول بامتناع الرد كما يقوله أبو حنيفة ، لا قبل القبض ولا بعده ، وذلك يدل على أحد أمرين إما ضعف القول المذكور ، وإما أنه لا تلازم بينه وبين امتناع الرد كما تقدم في البحث مع أبي حنيفة ، وفي كلام الامام والغزالي ما يشعر باللازمة بينهما فان كان كذلك فلعل سكوتهم عن طرد القول المذكور يضعفه .

(الثاني) أن مقتضى القول برفع العقد من أصله ، وان كان بعد القبض أن يرد الزوائد والأصحاب رحمهم الله حكوا قولين في رد الزوائد ان كان الرد قبل القبض ، وبنوهما على الخلاف في الطريقة المشهورة

(١) لم يقدر الله تعالى لشيخنا أن يصل الى هذه الابواب وقد تناولناها على قدر ما يسر الله لنا ونسأله أن يلحقنا بآئتنا ومشايخنا متبعين باحسان آمين .
(المطيعي)

أن الفسخ رفع للعقد من أصله أو من حينه ، فعلى الأول يرد وعلى الثاني وهو الصحيح لا يرد (أما) إذا كان الرد بعد القبض فلم نعلم أحدا يقول برد الزوائد ، ومقتضى الطريقة التي نقلها صاحب الفتنة أن يجرى الخلاف فيها أيضا ، وابن الرفعة اعتذر عن ذلك بأنه لعل من يقول بأنه يرفع العقد من أصله ، وإن أطلقه يريد به ما ذكره الغزالي رحمه الله في كتاب الصداق حيث تكلم في الفرق بين الزيادة المتصلة فيه وفي الصداق حيث تكلم في الفرق بين الزيادة المتصلة فيه وفي الصداق وهو أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله بالاضافة الى حينه ثم اعترض على نفسه بأن مثل هذا يجوز أن يقال في الرد قبل القبض ، ولم يقولوا به بل جزموا على القول بأنه يرفع العقد من أصله بأن الزوائد للبائع وأجاب بأن الذي أحوجهم اليه بعد القبض استقرار العقد والاستقرار معقود قبله .

(الثالث) أن كلام المصنف رحمه الله جازم بعدم رد الولد والثمرة من غير تفصيل ، وهو كذلك فيما إذا كان الرد بعد القبض ، أما قبل القبض ففيه الخلاف كما تقدم ، ولكن طريقة العراقيين كما جزم به المصنف رحمه الله من القطع بعدم رد الزوائد ، وأن الرد فسخ للعقد من حينه لا من أصله ، وإنما الخلاف في طريقة غيرهم ، والأصح عند غيرهم أيضا كما جزموا به .

(الرابع) قد علمت أنه لا خلاف أن الرد إذا وجد بعد القبض لا يرد معه الزوائد ولا فرق في ذلك بين الزوائد التي حصلت بعد القبض والتي حصلت قبله بلا خلاف وإنما محل الخلاف في الزوائد قبل القبض إذا كان الرد قبل القبض وقد وقع في الوجيز ما يوهم خلاف ذلك ، فإنه قال : يسلم الزوائد للمشتري إن حصلت بعد القبض وكذلك لو حصلت قبله على أقيس الوجهين ، وحملوا ذلك على أنه طغيان قلم بزيادة التاء ، ويكون المراد حصل أي الرد ويستقيم الكلام .

(الخامس) في عبارة كثير من الفقهاء ومنهم الرافي أن الفسخ رفع للعقد من حينه ، وقيل : من أصله ، وفي عبارة آخرين منهم القاضي حسين والامام أن الرد قطع للعقد من حينه ، ولا يستند

ارتفاع العقد الى ما تقدم ، وفي عبارة الماوردي شيء منه ، ويعرض في ذلك بحثان .

(أحدهما) هل الرفع من حينه والقطع بمعنى واحد أو لا ؟ .

(والثاني) أن الرفع من أصله هل معناه تبين عدم العقد أو الملك أم لا ؟ (والجواب) أما الأول فالرفع والقطع ليسا بمعنى واحد ، فإن القطع صادق على قطع النكاح بالطلاق وقطع الملك بالبيع ، وكثير من أسباب الانتقالات ، ولا يسمى شيء من ذلك رفعاً ، والرفع من حينه يسمى قطعاً لأنه انقطع به الملك حقيقة ، فالرفع من حينه أخص من القطع فكل رفع من حينه قطع وليس كل قطع رفعاً . ولذلك وقع كلام الامام والماوردي رحمهم الله تسميته بالقطع .

والسر في الفرق بين الرفع والقطع الذي ليس يرفع أن الرفع معناه ابطال أثر العقد المتقدم . واستصحاب ما كان قبله حتى ان الملك العائد بعد الفسخ من آثار السبب المتقدم على العقد السابق ، وليس ملكاً جديداً بالفسخ بخلاف البيع وسائر أسباب الانتقالات ، فأنها مقتضية ملكاً جديداً هو من آثار هذه الأسباب وليس أثر السبب سابقاً ولا أبطل العقد المتقدم على هذا انتقال ، بل هذا الانتقال بالبيع هو من آثار الشراء السابق فأنهم ذلك . فإن الانسان اذا اشترى عينا فكل تصرف يصدر منه فيها بيع أو غيره هو مستفاد من شرائه (وأما) الفسخ فأنه نقض لشرائه وابطال له .

(وأما الثاني) وهو أن الفسخ من الأصل . هل معناه تبين عدم الملك ؟ فهذا هو المتبادر الى الفهم لا بمعنى أنا نتبين أن العقد لم يوجد فإن العقد موجود حساً بمعنى أنه يتبين ارتفاع أثره ، وأن الملك لم يحصل وهذا بهذا التأويل في نهاية الاشكال . فإن السبب الراجع للعقد هو الفسخ ، فكيف يتقدم السبب على سببه ؟ ولا يخلص من ذلك أن نقول : انه بطريق التبیین ، لأنه يلزم أن يكون العقد الصحيح قد وجد مستجمعا لشرائطه ولم يترتب أثره عليه ، ولا يقال : ان من شرطه عدم طريان الفسخ عليه ، لأن ذلك أمر لا غاية له ولا يرتبط

الحكم به ، ولا يشك أن الملك حاصل الآن اذا جمعت شروطه . ولا يوثق الأمر في ذلك على أمر مستقبل ولو كان الأمر على ذلك — وانما يتبين عدم الملك — لكان ينبغي أن يجب رد أجره الاستخدام وسكنى الدار وركوب الدابة ، بل كان يلزم أن يجب على المشتري أجره ملك المدة التى أقام المبيع تحت يده ، سواء فوتها أم غالت بنفسها . الا أن يقال ان ذلك مأذون فيه وقد أباحه له البائع .

لكننا نقول : انه انما أباحه وأذن فيه بمقتضى العقد هذا ، والعقد هو المتضمن للإباحة فاذا ارتفع ارتفعت ، وكان يلزم أن يتبين بطلان الهبة التى وهبت له اذا اشترط اذن السيد فى القبول ، لأنه لم يأذن ، وأن يكون المهر اذا وطئت بالشبهة باقيا فى ذمة الواطئ وأما قبضه المشتري منه لم يقع الموقع لعدم ملكه وأن يكون ما أخذه المشتري من صيد وحطب وحشيش واستهلكه يجب عليه قيمته للبائع ، وقد تقدم من كلام الغزالي عن الحنفية ما يقتضى أن الزوائد الهالكة لا تمنع من الرد ، وأن امتناع بقاء الولد على ملك المشتري بعد الرد لأنه يصير مبينا بغير عوض . وهذا يفهم أن المحذور من القول بقاء الولد على ملك المشتري أنه يصير ملكا لا سبب له ، على القول بارتفاع العقد من أصله ، وهو يفيد أن المقصود بارتفاع العقد من أصله ليس هو بطريق السهل ، بل كما قاله الغزالي رحمه الله فى كتاب الصداق ، أو أنه يرتفع من أصله بالاضافة أو الى حينه ، أى فى هذا الوقت بحكم ارتفاع جملة آثار العقد ، ومن جملة آثاره ملك الناتج والكسب الموجود ، غيرتفع الملك فيها على هذا القول ويعود الى البائع .

فيرجع حاصل القول بأنه يرتفع من أصله الى أن المراد ارتفاع جملة آثاره من الآن ، والمراد بارتفاعه من حيث انه لا ترتفع آثاره وانما يرتفع الملك فى المبيع فقط ، وهذا تفسير لا يسبق الذهن اليه ، فان ثبت أن الزوائد الهالكة غير مضمونة ، وأن قبوله الهبة وتصرفه بأذن المشتري صحيح ، وقبض المشتري لمهر الشبهة صحيح ، وجب الحمل على هذا المعنى ، وحينئذ لا يشك عليه عدم وجوب أجره الاستخدام والسكنى والركوب ، ولم أجد الأصحاب صرحوا فى هذه المسائل بشئ ، بل

كلامهم يقتضى كالصريح أنه لا يجب أجره الاستخدام ونحوها . وانما الخلاف في الأكساب والأعيان الحادثة من نفس المبيع .

وأما الحنفية فعندهم الاكتساب والصيد لا يملك بملك الأصل ، بل باليد ، فلا يمنع الرد عندهم ، وكذلك أجره الاستخدام ونحوها لا تجب على أصلهم ، ولكن ان وافقونا على عدم لزوم قيمة الولد الهالك ، والمسائل المتقدمة احتاجوا الى الحمل على المعنى المذكور كما احتجنا اليه . ونحن اليه أحوج لأجل عدم لزوم أجره المدة الماضية ولا تمنع الزيادة الرد عند أبى حنيفة رحمه الله الا اذا كانت حادثة من نفس المبيع . وقال زفر : يجب رد مهر الشبهة الذي قبضه المشتري معها .

(السادس) أن مقتضى قوله الخراج بالضمان تبعية الخراج للضمان ، فينبغي أن تكون الزوائد قبل القبض للبائع ثم العقد أو الفسخ ، والأول لم يقل به أحد ، والثاني لم يقل به الا على وجه ضعيف في بعض الصور ، وهي ما اذا حصل الرد قبل القبض فما وجه تعطيل دلالة الحديث في ذلك ، والعمل بها فيما بعد القبض للمشتري ، والجواب أن محل الحكم الذي ورد فيه النص انما كان بعد القبض اذا حصل فسخ على ما تقدم من ألفاظ الأحاديث ، لاسيما قوله : قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان . فيكون الخراج معطلا بالضمان في الملك . وذلك مفقود في البائع وفيما قبل القبض .

(فان قلت :) المحل لا تأثير له ، والعلة التي ذكرها الشارع الضمان ، فيجب أن يدور الحكم معها وجودا وعدما ، فيكون الخراج قبل القبض للمشتري فيه نقض للعلة في جانب البائع ، ووجود الحكم بدونها في جانب المشتري .

(قلت :) قال الغزالي رحمه الله : ذكر هذه العلة فيما بعد القبض لقطع استبعاد المسائل كون الخراج للمشتري وقبل القبض معلل بعلة أخرى ، وهو أن الزوائد حدثت في ملكه ، والحكم قد يعلل بعلتين يعنى فاقصر النبي صلى الله عليه وسلم على التعليل بالضمان لكونه

أظهر عند البائع وأقطع لطلبه ، فان الغنم في مقابلة الغرم : وان كانت العلة الأخرى وهى الملك حاصلة ، ولكن نفس البائع تنقاد للأولى أكثر ، والله أعلم •

(السابع) أن الخلاف المذكور في رفع العقد من أصله أو من حينه ، هل هو خاص بالرد بالعيب ؟ أو عام في سائر الفسوخ ؟ حتى يجرى في الاقالة والفسخ بالتخالف ، والفسخ بخيار المجلس ، والشرط والانفساخ بتلف المبيع قبل القبض ؟ •

(والجواب) أن المشهور في هذا الخلاف المذكور هنا اختصاصه بالرد بالعيب وأنه لا يجرى في الاقالة ، ولذلك يقيسون الرد بالعيب على الاقالة في كونها رفعا للعقد من حينه ، والرافعى رحمه الله أطلق القول هنا بأن الفسخ رفع للعقد من أصله أو من حينه ، والأقرب أن مراده الفسخ الذى الكلام فيه وهو الرد بالعيب وقد ذكر في باب حكم المبيع قبل القبض وبعده وجهين في الانفساخ بتلف المبيع قبل القبض (أحصهما) أنه من حينه كالرد بالعيب ، والزوائد مخرجة على الوجهين قال : وطردهما طاردون في الاقالة اذا جعلناها فسحا وخرجوا عليهما الزوائد •

(قلت :) وذلك وان أطلقوه فلعل محله قبل القبض كما هنا في الرد بالعيب ، فان الاقالة قبل القبض جائزة على القول بأنها فسخ ، ونقل القاضى حسين الخلاف في تلف المبيع قبل القبض ، وحمل الوجهين في الرد بالعيب مبنى عليها ، وعلى تلف المبيع في يد المشتري في زمن الخيار (ان قلنا) يفسخ ارتفع ههنا ، والا فالولد هنا للمشتري ، وأما التخالف فمقتضى كلام صاحب التتمة في باب التخالف جريان الخلاف فيه أيضا ، فان خرج اعتبار القيمة عليه اذا جرى التخالف بعد الهلاك وهو جار على طريقته في طرد الخلاف بعد التقابض ، فان فرض التخالف كذلك ولذلك لا ترد الزوائد جزما كما لا ترد ههنا بعد القبض •

(وان قلنا :) انه يرتفع العقد من أصله لكن القول بالانفساخ من أصله بالتخالف مفرع على أنه يفسخ بنفس التخالف كما هو في

النتمة والنهاية ، ولم يتعرضوا له على القول بإنشاء الفسخ ، والقياس جريانه • وأما خيار المجلس والشرط فقد ذكر في بابه أنه إذا فسخ وقلنا الملك للمشتري فالأصح أن الأكساب تبقى له وذلك يدل على أن الأصح فيها أيضا أنه من حينه • والقول الآخر بأنه من أصله يجري فيه بغير اشكال ، بل هو أولى بذلك ، فقد ظهر بذلك أن الخلاف في الجميع وأن الأصح فيها كلها أنه من حينه ، لكنها ليست في رتبة واحدة وأولاها بجريان الخلاف فيه زمان الخيار لأن العقد لم يلزم وأبعدها الاقالة ، لأنها في حكم أمر جديد وليست جبرا للعقد الأول •

وبقى من المسائل انفساخ عقد الصرف بالتفريق قبل التقابض هل نقول انفسخ من أصله قطعا ؟ لأن التقابض شرط أو نقول حكمه حكم تلف المبيع قبل القبض ؟ على أنه لا فائدة لاجراء الخلاف فيه ، نعم عقد السلم إذا كان رأس المال جارية مثلا وكانت معيبة وحبلت في المجلس وولدت ثم ماتت قبل أن يقبضها المسلم اليه ، فهل نقول أنه فسخ من حينه حتى يسلم الولد المسلم اليه ؟ أو من أصله حتى يرجع الى البائع قطعا ؟ والأشبه بجريان الخلاف فيه وأن يكون كتلف المبيع قبل القبض ، فإن الشافعي رحمه الله استنبط انفساخ العقد بتلف المبيع قبل قبضه من عقد الصرف ، إذا تفرقا ولم يتقابضا ، كما تقدم ذلك في باب الربا •

(الثامن) ان الطريقة المشهورة هنا الجزم بعدم جريان الخلاف فيما بعد القبض بل يكون بعد القبض رفعا من حينه قطعا ، خلافا لما قاله صاحب التتمة وقد حكى الامام وغيره من الجازمين فيما اذا رد المسلم فيه العيب ، وكان عبدا استكسبه • أنه هل يجب رد الكسب والغلة • على قولين فالقول بأنه يرد الكسب معه فمقتضاه ارتفاع الملك فيه من أصله وهو بعد القبض فإن قيل على الطريقة الضعيفة بارتفاعه من الأصل • والخلاف في السلم مشهور • وقد تقدم له ذكر في باب الربا •

(والجواب) أن الخلاف المذكور في السلم مأخذه أمر آخر • وهو أن الملك على أحد القولين في المسلم فيه الشروط بالرضا أو بعد

الرد • فإذا رد تبين أن الملك لم يحصل أصلاً • فهذا هو القائل برد الأكساب ، والقول المقابل له أن الملك بالقبض • ثم انتقض بالرد • فعلى هذا ينبغي أن يكون كرد المبيع بالعيب بعد القبض لا يرد الأكساب • وهو رفع للملك من حينه على الطريقة المشهورة ويجيء فيه طريقة صاحب التتمة مع القول بعدم رد الكسب • فافهم ترتيب هذا التفريع فإنه من محاسن الكلام •

وقد ذكر ابن أبي الدم أن الامام والغزالي ذكرا وجهين فيما إذا رد المسلم بعيب • هل هو رفع للعقد من حينه أو من أصله ؟ ومراد ابن أبي الدم الخلاف الذي قدمته ، والتحقيق ما نبهت عليه ولولا ذلك لاقتضى اشكالا على الامام ومن وافقه ممن قطع هنا بعد القبض بأنه من حينه ، واقتضى اشكالا على جميع الأصحاب في قطعهم هنا بأن الأكساب بعد القبض لا ترجع ، والله أعلم •

(التاسع) الزيادات التي وقع الكلام فيها مشروطة بأمور (أحدها) أن لا يكون حصل بسببها نقص وقد تقدم التنبيه عليه (الثاني) أن تكون حادثة بعد العقد ولزومه ، فلو كانت موجودة كالحمل المقارن للعقد فسيأتى في كلام المصنف في بقية الفصل أن شاء الله تعالى (والثالثة) أن تكون انفصلت قبل الرد ، كالولد والصوف المجزوز واللبن المطلوب • أو صارت في حكم المنفصل كالثمرة إذا أبرت ، أما لو لم تكن كذلك ، كما إذا ردها وهي حامل بحمل حدث بعد القبض ، حيث نقول : أن الحمل ليس بعيب ، أو رد الشجرة وقد أطلعت طلعا غير مؤبر أو الشاة وقد ائتراها ولا صوف عليها وهي مستفرغة الصوف • فحدث عليها صوف لم يجز ، أو حدث في ضرعها لبن ولم يحلب فما حكمه ؟ •

أما مسألة الحمل فنقل الامام فيها قولين كالنفس : وجزم القاضي حسين رحمه الله هنا بردها لذلك • ولا يسلم له الحمل ان كانت علقت في ملكه : لأنه لا يمكن افراده بالمبيع فهو كالثمن • وعلى ذلك ينزل كلام المصنف رحمه الله لقوله : فحصلت عنده وولدت فجعل الولادة شرطا • وقال القاضي أبو حامد : انه أولى القولين : وقال القاضي

وجماعة من الأصحاب : ان قلنا يأخذ قسطا بقى للمشتري ويأخذه اذا انفصل على الصحيح ، وفي وجه أنه للبائع لاتصاله عند الرد •

(وان قلنا :) لا يأخذ فهو للبائع ، وما ذكره القاضى حسين وأبو حامد موافق لما قاله الراغى رحمه الله في باب الفلس أن الأكثرين رجحوه في رجوع غريم الفلس ، وما ذكره الراغى هنا موافق للطريقة المشهورة هناك التى ذكرها المصنف وغيره من البناء على أن الحمل يقابله قسط أو لا ، لكن الراغى رحمه الله مع ذلك عدل عن ذلك المأخذ لأجل تصحيح الأكثرين بتبعية الحمل الى الرجوع ، فيلزمه أن يقول هنا بالتبعية أيضا كما قاله القاضى أو يفرق بين المسألتين : مسألة الفلس ومسألة الرد بالعيب •

وأیضا فانه رجح في الفلس تبعية الثمرة والحمل ، وجعلهما سواء ، وان كانت الثمرة أولى بالاستقلال لأجل أنهما تابعان في البيع متباعان في الفسخ ، وهذا المعنى بعينه موجود في الرد بالعيب •

ولو صح النظر الى المقابلة بالقسط لزم أن لا يتعدى الرجوع في الفلس الى الثمرة ، لأنها مقابلة بالقسط قطعا على الطريقة الصحيحة المشهورة المنصوص عليها ، فمدعوى الراغى أن الأصح هنا أن الحمل يبقى للمشتري ، يحتاج الى جواب عن ذلك ، وقد صحح الراغى هنا أن الثمرة في أخذها قسطا على قولين كالحمل ، ومقتضاه أن يكون الأصح عنده أنها تبقى للمشتري أيضا قبل التأخير ، وأطلق بعضهم أن الحمل نقص ، لأنه في الجارية يقل النشاط والجمال ، وفي البهيمة ينقص اللحم ويخل بالحمل والركوب •

(فاذا قلنا) هذا أو لم نقل به ، ولكن حصل بالحمل نقص رجع بالأرث ، قال القاضى أبو حامد : وهل للمشتري امساكها حتى تضع ويردها ان لم يكن تنقصها الولادة ؟ نقله ابن الصباغ ، واذا جوزنا له الرد فحبسها حتى تضع — فان قلنا : الحمل للمشتري — لم يمنعه ذلك من الرد بالعيب ، لأنه حبسها لأخذ ملكه منها (وان قلنا :) ان الحمل للبائع منعه ذلك من الرد • قاله القاضى الماوردى رحمه الله •

وأما الجارية فإن كلامه يقتضى أنه يجوز به امساكها حتى تضع
وردها في الحال فإنه ان ردها وهي حامل كان الحمل للبائع ، لان
المشتري اختار ترك حقه فليس له استثنائه ، فرق الجرى بين ذلك
وبين ما اذا أوصى له بالحمل ثم اشترى الأم فوجد بها عيبا فردها ،
لم يكن الحمل مردودا معها لأن الحمل في هذه الحالة لا يتبع ، وممن
بنى الحمل على القولين في المقابلة الماوردى ، والأصح عنده كما قال
الرافعى .

وحكى مع ذلك وجهها على قولنا : انه يقابله قسط من الثمن انه
للبيع لاتصاله بالأم عند الرد ، هذا حكم الحمل وأما الثمرة التي لم
تؤبر ففيها وجهان (أحدهما) يردّها مع الأصل ولا يمك (والثانى)
يمسكها أو يرد الأصل ، والفرق بينها وبين الحمل على هذا القول
جواز افرادها بالبيع على أحد الوجهين ، ولم يصحح الرافعى رحمه الله
من هذين الوجهين شيئا ، وقد تقدم ما اقتضاه تخريجه للثمرة على
الحمل فالبحث معه فيهما ، والذي يتجه هنا أن يكون الأصح الأول ،
وهو أن يردّها مع الأصل قال القاضى حسين رحمه الله : والأصح الأول ،
لأنه الأظهر الذى نقله المزنى في رجوع البائع في عين ماله اذا أفلس
المشتري وعليها ثمرة غير مؤبرة ، وهو الأصح عند الرويانى والرافعى
رحمهما الله ، فليكن هنا كذلك ، ولعل المصنف رحمه الله اختار الوجه
الثانى ، ولذلك قال : فأنثرت ، ولم يقيد بقطع ولا تأبير ، وفي الفلّس
حكى القولين من غير ترجيح .

وأما اللبن الحادث في الضرع أو الصوف الذى حدث بجزءيهما
للمشتري ، وذكر القاضى هذه المسائل الأربع في تعليقه مفرقة في
موضعين . وقال المتولى والبغوى والرافعى رحمهم الله : انه يرد الصوف
تبعا وهو مقتضى ما قال القاضى حسين في الفتاوى وفي كل من الكلامين
نظر ، والصحيح ما سأذكره في آخر الكلام ان شاء الله تعالى .

(واعلم) أن الحمل يندرج في المعارضة قولاً واحداً ، وفيما عداها
من العقود والفسوخ قولان (فالأظهر) في الرهن الاندراج بناء
على أن له قسطاً ، وفي الهبة كلام الرافعى يقتضى الجزم بالاندراج ،

والامام قال : ان الجديد عدمه ، وفي الرجوع في الهبة بناء الراغى على المقابلة ، كما فعل بها في الرد بالعيب فيقتضى أن الأصح عدم الاندراج ، فالراغى رحمه الله سلك طريقة البناء في المواضع كلها الا في الفلس ، لما وجد ميل الأكثرين ، ونص الشافعى رحمه الله فيه الى خلافها والقاضى حسين جرى في الرد بالعيب والفلس على قاعدة واحدة لكنه سلك طريقة البناء في اندراج الحمل في الرهن ، وهذه أمور مضطربة .

فالامام رحمه الله أجرى القولين في جميع ذلك جريانه في الرهن بطريق الأولى لكونه لا ينقل الملك ، وهو يشكل على القاضى حسين رحمه الله ، والذي يظهر في ذلك أحد أمرين (اما) أن نقول : ان عهد المعاوضة لا يستتبع الحمل لفوته وفسخه لذلك ، وعلى هذا يستمر نصه المنقول في الفلس على الاستتباع في الرجوع (والجديد) الذى نقله الامام في الهبة وعلى مقتضاه يكون الأصح الاستتباع في الرهن (واما) أن نقول : بأن الحمل يتبع المواضع كلها لكونه جزءا أو لا ، وأما الصوف واللبن فالأقرب أنهما كالحمل فيندرجان ، لأنهما جزءان وان كان يمكن فصلهما الآن ، لعدم صحة انفرادهما بالبيع ، وانما لم يدخلنا في الرهن على الصحيح لاقتضاء العرف جز المرهون وحله .

نعم اذا جز الصوف أو حلب اللبن في مدة طلب البائع للرد ، بحيث لم يحصل تأخير ولا تعيب ، فانه حينئذ لا يصادف الرد ، فلا تتبع تفريعا على جواز ذلك وأنه لا يبطل الرد كما تقدم عن المصنف رحمه الله .

وقال القاضى حسين : ان جز الصوف ثم ردها بطل خياره لاستغاله بالجز بعد ما علم بالعيب ، وهذا على رواية في أنه يشترط المبادرة الى التلطف بالفسخ ، أما على المذهب فلا يتجه ذلك .

وقال القاضى حسين رحمه الله أيضا : ان ردها مع الصوف يجبر البائع على القبول وهذا يتجه على الصحيح في أن الصوف تابع ، أما على رأيه في أن الصوف يبقى للمشتري ، فاجبار البائع على القبول اذا ردها مع الصوف ينبغى أن يكون ، كما في رد البهيمة مع النعل ان كان الجز غير معيب لها ، فاذا لم يجز لم يجب على البائع القبول

كما في نظيره في النعل وان كان معيها لها فيصح القول بالاجبار ، ولكن ينبغي أن يأتي فيه الخلاف في أن ذلك تمليك أو أعراض والأشبه في مسألة النعل الثاني فليكن هنا كذلك حتى إذا جاز بعد ذلك من غير زيادة كان للمشتري .

وأما قول الرافعي رحمه الله : انه يرد الصوف ، وأما الثمرة غير المؤبرة فهي أولى من الحمل بعدم الاندراج لأنه يجوز افرادها بالبيع على أحد الوجهين . وفيها طريقة قاطعة لأنها مقابلة بقسط من الثمن ، لكن الأصح فيها الاندراج أيضا لما تقدم . وقد تقدم في باب بيع الأصول والثمار من كلام الامام أحمد من هذه المسائل متعلقة بهذا الكلام في التأخير ، فان أراد أنه إذا رد لا يبقى الصوف له فصحيح على ما قدمته ، وكذلك قال صاحب التتمة ، لكن يشكل على الرافعي في قوله : ان الحمل يبقى للمشتري فان الحمل من جهة كونه أولى بالتبعية ، وكذلك الأصح عند الرافعي دخوله في الرهن وعدم دخول الصوف ، وان أراد أنه يجب عليه رده ولا يجوز جزه — وفيه نظر مأخوذ من جواز الحلب والركوب في طريق الرد — فقد تقدم من المصنف رحمه الله جوازه ، ومن الرافعي منعه . وتبين الراجح منهما . ولم يذكر الرافعي رحمه الله مسألة اللبن ، وهل تتبع في الرد أو لا وهو من جهة الاستتجار كالحمل ، ومن جهة قرب التناول كالصوف ، وكيفما كان فالأصح التبعية ، وعلى رأى الرافعي ينبغي أن يكون الأصح عدم التبعية لأنه يقابل بقسط من الثمن فهو كالحمل .

(فسر) من تنمة الكلام في الحمل ، جزم الجوري بأن الحمل يكون للبائع اذا ردت عليه بالعيب ، سواء أكان حدوث الحمل عند البائع أم عند المشتري مع القول بأن الحمل له قسط من الثمن ، قال : لأنها اذا حملت عند المشتري له أن يمسكها حتى تلد ثم يردّها . فإذا اختار ردّها حاملا فكانه اختار ترك حقه ، فليس له استثناء الولد ، ثم اعترض بالجارية الموصى بحملها اذا بيعت من الموصى له بالحمل وردّها بعيب . لم يكن الولد مردودا . وأجاب أن حكم الولد حكم الأم ما لم يعقد على الولد عقد أو وصية أو هبة .

(فروع) لو اشتراها وعليها صوف وفي ضرعها لبن فطال الصوف وكثر اللبن ، ثم ردها بعيب قبل الجز والحب ، وقلنا بأن الصوف تابع في الرد ، فلا اشكال (وان قلنا) بما قاله القاضي حسين في تعليقه من ان الصوف واللبن الحادثين للمشتري فمقتضى ذلك أن يصير ذلك مشتركاً بينهما ، فان اتفقا فذاك ، والا فصلت الخصومة بطريقتهم ، لكن الذى فى فتاويه كما سيحكيه خلاف ذلك ولو جز الصوف ثم أراد الرد بالعيب وكان اشتراها ولا صوف عليها فلا اشكال فى جواز الرد ، وبقاء الصوف له على ما مر ، ولو كان عليها صوف حين الشراء فجزه وهو على حاله ، ثم أراد الرد بعيب ، رد الصوف المجزوز ، قاله الماوردى والقاضى حسين والرافعى وغيرهم •

وقال الشيخ أبو حامد فى آخر باب بيع المصراة : انه اذا كان يمكنه التوصل الى معرفة العيب من غير جز الصوف امتنع عليه الرد • وان جزه ثانياً فالمجزوز ثانياً له مختص به ، فان لم يجزه حتى رد فحكمه ما تقدم فيما اذا لم يكن عليها صوف حين العقد ثم حدث وفى هذه الصورة صرح بها القاضى حسين فى الفتاوى بأنه يرده ويفرق بينه وبين القث والكراث كما سيأتى عن صاحب التهذيب وهو فى ظاهره مخالف لما حكىته عن تعليقه الا أن تكون المسألة التى فى الفتاوى من كلام جامعها وهو صاحب التهذيب ، وان جز الصوف الذى كان عليه بعد أن طال ثم اطلع على عيب فيزداد هنا أنه يصير بينهما شركة فى الصوف وقد يحصل نزاع فى مقدار ما لكل منهما وذلك عيب مانع من الرد ، ولم أر فى هذه المسألة نقلاً •

وأما مسألة اللبن اذا كان منه شيء موجود عند العقد فبطلت على أنه هل يرد الثمن فى غير المصراة ؟ وقد تقدم ذلك فى آخر الكلام فى التصرية ولو اشترى أرضاً وبها أصول الكراث ونحوه وأدخلناها فى البيع فثبتت فى يد المشتري ثم علم بها عيباً يردها ويبقى الثابت للمشتري ، هكذا قال البغوى والرافعى رحمهما الله وفرق بينهما وبين الصوف بأنها ليست جزء الأرض ، ألا ترى أن الظاهر منها فى ابتداء البيع لا يدخل فيه وهذا الفرق فى فتاوى القاضى أيضاً كما تقدم •

(فرع آخر) اذا قلنا الزيادة تسلم للمشتري كما جزم به المصنف رحمه الله فليس للبائع حبس ما حدث في يده بعد العقد وقبل القبض من الزوائد لأجل الثمن في صورة غير الفسخ •

(وان قلنا) بأنها ترجع بالفسخ الى البائع • قال الغزالي : له حبسها الى استيفاء الثمن ، والامام أطلق عن بعض الأصحاب الوجهين في جواز حبسها من غير بناء ثم قال : ان ذلك ليس على حكم حبس المبيع بالثمن وانما ينقذ الاختلاف فيه قبل تعرض العقد للانفساخ والغزالي رحمه الله لاحظ ذلك فعلم بأنه يتوقع التعلق بها لكنه قال مع ذلك انه يحبسها للثمن •

قال ابن الرفعة : ولعل الغزالي رحمه الله قال : له حبسها لا للثمن ، قلت : أو يقال بأنه لما توقع عودها اليه صارت كالأصل فيجوز حكمه عليها في الحبس بالثمرة ما دام الأصل نصفه يستحق حبسه فلو زال ذلك بأن سلم المشتري الثمن أو بتبرع البائع بتسليم المبيع يسقط حق الزوائد لسقوط حبس أصلها ، وأما مجرد توقع عودها اليه فكيف يقتضى جواز حبسها ولا تنافي بين كلام الامام وكلام الغزالي • وقول الامام ليس على حكم حبس المبيع بالثمن لعل مراده لكونه ليس مقابلا به • وقال القاضي حسين : لو اشترى حاملا فمخضت في يد البائع فلا خلاف في أنه ليس له حبس الولد لاستيفاء الثمن ، ولم يحك الخلاف الذي ذكره الامام والغزالي ولا شك أنه لو تلف الولد الحادث قبل القبض لا يسقط بتلفه شيء من الثمن قطعاً وليس كالولد الذي كان حملاً عند العقد ، فان ذلك على قول ، وهو الصحيح قابله قسط من الثمن ، وهل يكون مثله في جواز بيعه قبل القبض أو لا ؟ فيه نظر • والأقرب أنه مثله ، وهل نقول في الحادث انه يجب على البائع تسليمه أو التمكين منه ؟ في كلام القاضي أبي الطيب في احتجاج الحنفية أنه دخل في حق التسليم ؟ وأجاب بأنه لم يدخل في حق التسليم المستحق بالمبيع ، وانما يجب تسليمه اليه بحق المال وظاهر هذه العبارة يقتضى وجوب التسليم والأقرب أن المراد التمكين • وقد صرح البغوي رحمه الله بأنه أمانة في يده ، ويحتمل أن يكون كالأمانات الشرعية حتى اذا هلك قبل التمكين من رده لا يضمه والا ضمنه ان لم يقل له حق الحبس •

(فرع آخر) عن المزنى فى مسائله المنشورة : اشترى غنما بعشرة أقساط من لبن موصوف الى أمد فلم يتقابضا حتى حلب البائع منها عشرة أقساط لبن ثم ماثت الغنم يبطل البيع ويسقط الثمن من ذمة المشتري ويأخذ من البائع ما حلب من اللبن • قال الماوردى : وهذا صحيح لأن تلف المبيع قبل القبض يبطل البيع ولا يمنع من ملك النماء •

(قلت) وهذا على قولنا بأنه يرفع العقد من حينه ، وهو الذى جزم به العراقيون • أما اذا قلنا تلف المبيع قبل القبض يرفع البيع من أصله وأن الزوائد ترجع الى البائع فلا يأخذ المشتري من البائع شيئا ، وانما ذكر المصنف هنا حمل البهيمة ، لأن حمل الجارية سنذكره بعد ذلك والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان المبيع جارية فحملت عنده وولدت ثم علم بالعيب ردها وأمسك الولد لما ذكرناه • ومن أصحابنا من قال : لا يرد الأم بل يرجع بالأرض ، لأن التفريق بين الأم والولد فيما دون سبع سنين لا يجوز ، وهذا لا يصح لأن التفريق بينهما يجوز عند الضرورة ، ولهذا قال الشافعى رحمه الله فى الجارية المرهونة انها تباع دون الولد) •

(الشرح) اذا كانت الجارية حاملا عند البيع ثم حبلت عند المشتري وولدت ولم يطلع على العيب حتى بلغ الولد سبع سنين اذا اطلع (١) العيب ولم يتمكن من الرد الى هذه المدة فحكمها حكم البهيمة حرفا بحرف على ما تقدم بلا خلاف ، وفرض المسألة أن لا يكون حصل لها نقص بالولادة كما تقدم التنبيه عليه ، فلو حصل نقص منع

(١) اطلع تتعدى بنفسها لقوله تعالى : « اطلع الغيب ام اتخذ عند الرحمن عهدا » وتتعدى بالجبر ايضا ..

(المطيعى)

من الرد ووجب الأرش وأما اذا اطلع على العيب وتمكن من الرد قبل بلوغ الولد سبع سنين فقد اختلف الأصحاب في جواز الرد ، فالذى قاله المصنف رحمه الله ، ورجحه الجواز للضرورة ، وهو في ذلك موافق للشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب هنا ، وقال انه أصح وأشهر في المذهب ، ونسبه ابن الصباغ الى أكثر الأصحاب . وقال الرويانى رحمه الله انه المذهب : ووافقهم ابن أبى عسرون وهو مقتضى اطلاق نص الشافعى رحمه الله ، فان الشيخ أبا حامد نقل أنه قال في القديم : اذا اشترى جارية فولدت ثم أصاب بها عيبا كان له أن يرد الجارية ويمسك الولد اذا لم تكن نقصت بالحمل أو بالوطء ، وليس مراد الشيخ أبى حامد أن ذلك من القديم المخالف للجديد ، ولكن نقل هذه المسألة لم توجد متوصصة للشافعى رحمه الله الا في القديم .

والوجه الآخر فرعه بعض الأصحاب على هذه المسألة كما قال الشيخ أبو حامد وصاحب التتمة ذكر فيها وجهين هنا من غير ترجيح والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب ردا على الوجه الآخر الذى قاله بعض الأصحاب بما قاله المصنف رحمه الله ، لكن الرويانى في البحر مع قوله عن الأول : انه المذهب قال : ان هذا الوجه أقيس ، وجزم به الجرجانى في المعاينة ، وكذلك القاضى أبو الطيب وغيره في كتاب السير على ما نقله ابن الرفعة . وكلام الراعى رحمه الله يشعر بترجيحه فانه ذكر الوجهين في ذلك وقال : وسنذكر نظيره في الرهن .

ثم ذكر في الرهن : اذا رهنت الأم دون الولد . ان صح أنهما متبايعان جميعا والا يفرق بينهما . وكذلك وافقه على تصحيح هذا في الرهن القاضى حسين والماوردى والمحاملى في التجريد من تعليقة أبى حامد والبعوى في التهذيب والمتولى في التتمة ، ومنهم من يقطع بذلك : فاذا كان هؤلاء الأئمة قائلين بين قاطع ومرجح بأنهما يبايعان معا ولا يفرق بينهما ، ولم يجعلوا ذلك ضروريا مسوغا للتفريق فينبغى ههنا كذلك : وأن يكون الأصح هنا امتناع التفريق وامتناع الرد كما اقتضاه كلام الراعى رحمه الله . وقال الجرجانى الا أن يفرق المصنف ومن وافقه بين البيع في الرهن والرد بالعيب ، وسأذكر له خرقا ان شاء الله تعالى . وقد يقال : انه لو جاز التفريق ينبغى أن يمتنع

الرد هنا ، لأن رجوع الجارية بدون ولدها عيب ، وذلك بمنزلة عيب جديد يمنع بسببه الرد ، ولا شك أن أهل العرف يعدون ذلك عيبا وتقل الرغبات فيمن يكون لها ولد منفصل عنها •

وطريق الجواب عن المصنف في ذلك أن يفرض غيما اذا رضى البائع بردها كذلك حتى لا يكون للمشتري الا الرد أو يرضى بها معيبة ولا يكون له المطالبة بالأرث ، ومتى لم نفرض المسألة كذلك تعين امتناع الرد ، ثم ههنا كلامان :

(أحدهما) ما استدل به المصنف والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب على ضعف هذا الوجه من نص الشافعي رحمه الله هو غيه تابع للشيخ أبي حامد ، قاله هكذا حرفا بحرف وفيه نظر ، فان الشافعي رحمه الله له نصان في المختصر •

(أحدهما) قوله ولا بأس أن يرهن الجارية ولها ولد صغير ، لأن هذا ليس بتفرقة وحمله جماعة من الأصحاب على أن معناه أن الرهن لا يوجب تفرقا ، ثم ما يتفق من بيع وتفرق فهو من ضرورة الجاء الرهن اليه ، وهؤلاء هم الذين جوزوا بيع المرهونة وحدها ، والتفرق بينها وبين ولدها ، لكن طائفة من الأصحاب قالوا : معناه أنه لا تفرقة في الحال ، وانما التفرقة عند البيع ، وحينئذ يباعان معا • ويحذر من التفرق فان أراد المصنف هذا النص فالأصحاب يختلفون في تفسيره كما رأيت • والتفسير الثاني هو الصحيح لعدم افضائه الى محذور • وليس في النص المذكور تصريح بأنها تباع دون الولد كما في لفظة الكتاب •

والنص الثاني في المختصر أيضا قبل ذلك غيما اذا وطىء الراهن الجارية المرهونة قال الشافعي رحمه الله : فان أحبلها ولم يكن له مال غيرها لم تبع ما كانت حاملا ، فاذا ولدت بيعت دون ولدها ، وهذا النص أقرب الى لفظ المصنف رحمه الله ، لكنه يبعد ارادته ، لأن الولد ههنا في هذه الصورة حر لأنه ابن الراهن المالك ، فالتفرقة ضرورية ، وبهذا فرق جماعة بين هذه الصورة والصورة الأولى حيث

لا يجوز التفرقة على الأصح ، لأن الولد هناك مملوك وهنا حر ،
وإذا كان كذلك فلا يصح التمسك به ، لأن الولد هنا في الرد بالعيب
مملوك ، وهذا لا يخفى عن دون المصنف والشيخ أبى حامد وإن
أراد نصا آخر فلم أعلمه ، والله أعلم •

لكن يدل على أن المصنف وأبا حامد أرادا هذا النص الثانى ، وأنه
هو الذى وقع به الرد على صاحب هذا الوجه أن القاضى أبى الطيب
قال فى الرد عليه : ولهذا قال الشافعى رحمه الله : ان الجارية المرهونة
إذا حبلت لم تتبع ما دامت حاملا ، فإذا ولدت بيعت دون ولدها •
وقال صاحب الشامل : إذا كانت جارية فولدت حرا يباع الرهن دون
الولد ، لأنه موضع حاجته • وقال صاحب التتمة : كالمرهونة إذا
علقت بولد حر ، والجارية الجانية إذا كان لها ولد حر بيعها دون
الولد • وقال الرويانى : المذهب أنه يجوز هذا التفريق كما قال
الشافعى رحمه الله فى الجارية المرهونة إذا ولدت حرا : تباع الأم
لحق المرتن دون الولد ، لأنه موضع حاجته فى الأم •

فكلام هؤلاء الأئمة يدل على أنهم انما ردوا على صاحب هذا الوجه
بهذا النص وهو مشكل ، لأن الولد الحر يجوز بيع أمه ، سواء أكانت
مرهونة أم غير مرهونة ، لأنه لا يمكن بيعه معها أصلا لضرورة فيه
محققة وليس كالولد الرقيق ، وطريق حمل هذا الاشكال أن الجامع
بين الصورتين الضرورة وإن كان الولد هنا رقيقا وهناك حرا فإنه
لو لم يجز الرد ههنا أدى الى ابطال حق المشتري من الرد ويعترض على
هذا بأن المحذور هو التفريق فى الملك ، وإذا كان الولد حرا الفرقة
حاصلة ، فلا تفريق ، بخلاف مسألتنا هنا فإن الرد يوجب التفريق فى
الملك وقياس التفريق على ما ليس بتفريق لا يظهر •

(الكلام الثانى) فى تخیل الفرق بين الرد بالعيب وبين البيع فى
الرهن ، قد يقال انتصار المصنف أن هنا أمرين مسوغين للتفريق
(أحدهما) الضرورة والا لأدى الى ابطال حق المشتري من الرد ،
والزامة أخذ الأرض وبقاء المعيب فى عقد عسر ، فلا طريق له الا الرد •
وأما الراهن فإنه يجب عليه وفاء دينه ، فإن كان مال غيره وغينا منه

ولم يبيع ، لما قاله الماوردي هناك ، وان لم يكن له مال الا الجارية
المرهونة ، والشارع منع من التفريق فصار كما لو كان الدين يحيط
بقيمة الجارية وولدها ولا مال له غيرهما ، فانا نبيعهما توصلا الى وفاء
الدين الذى التزمه وحجر على نفسه بسببه ، وهذا المعنى وحده كاف
فى الفرق ومصحح لما ذكره المصنف رحمه الله •

(والأمر الثانى) أن هذا التفريق بالفسخ ، وقد اغتفروا فى
الفسخ ما لم يغتفروا فى انشاء العقود ، ألا ترى أن الأصحاب
رحمهم الله قالوا : لو باع الكافر عبدا مسلما بثوب ، ثم وجد بالثوب
عيبا [فان] له استرداد العبد فى أصح الوجهين ؟ ولو وجد مشترى العبد
به عيبا فطريقان :

(أحدهما) القطع بالجواز •

(والثانى) على الوجهين • ولو تقابلا حيث لا عيب ، وقلنا الاقالة
فسخ فعلى الوجهين ؟ فهذه المسائل الثلاث اغتفروا فيها حصول ملك
الكافر على المسلم بالفسخ ، وان كانوا لم يغتفروه بانشاء العقد •
وعله الغزالي رحمه الله فى المسألة الأولى بأن الاختيار فى الرد اما عود
العوض اليه فهو قهري كما فى الارث واستشكله الرافعى ، ورأى أن
الأصوب فى توجيهه أن الفسخ يقطع العقد فيكون نازلا منزلة استدامة
الملك ، والامام عله بأن الرد يرد على العقد ، وارتداد العبد يترتب على
انفساخ العقد •

وله فى رد الثوب غرض سوى تملك العبد ، أى وهو التخلص من
عيبه وهذا الغرض — وهو التخلص من العيب — حاصل فى الجارية
اذا ولدت ثم اطلع على عيبها بخلاف الرهن فانه لا غرض الا التوصل
الى وفاء دينه ، والراهن ألزم نفسه بذلك وملاحظة الضرورة لابد
منها •

وأما الفسخ وحده فليس بكاف • ألا ترى أنهم جزموا فى الفسخ
بعدم التفريق لما كان مال المفسخ كله معيبا ولا ضرورة تدعو الى

التفريق ، وان كان الرافعى رحمه الله قال باحتمال جريان الخلاف الذى فى الرهن والرد بالعيب فيه ، وأن جزمهم يحتمل أن يكون على الأصح •

وحكى الماوردى وجها يوافق هذا الاحتمال ، وحكاها المتولى أيضا عند الكلام فى التفريق بالبيع ، وكذلك ملاحظة الفسخ لابد منها ، والضرورة وحدها لا تكفى ، ألا ترى أن فى رجوع الزوج فى شطر الصداق لم يجوزوا ذلك لأجل حق الزوج ؟ بل نقلوه الى نصف القيمة لأن استرجاع الشطر تملك جديد • هذا ما ظهر لى فى تقوية ما ذهب اليه المصنف رحمه الله • ومن وافقه على ما فيه ومع ذلك يحتاج الى ملاحظة ما يقدم التنبيه عليه فى فرض المسألة اذا رضى البائع بالرد • أو نفرض أن ذلك لا تنقص به قيمتها ، وهو بعيد ، والأول أقرب ، والله أعلم •

(التفريع :) ان قلنا بجواز الرد كما قال المصنف فذاك (وان قلنا) بامتناع الرد فقد قال المصنف رحمه الله : انه يجب الأرش ، وكذلك قتله الجرجاني والرافعى ، وعلة الجرجاني بأن الرد كالمئوس منه . ولك أن تقول : أنه يمكن بأن يعتق الولد أو يموت أو يصل سن التفريق وقد يكون بقى منه زمن قليل أو كثير الا أنه تقدم لنا وجهان عن الامام غيما اذا كان البائع بعيدا حكيئا غيما اذا رضى أحد المشتريين بالعيب تفريعا على منع الاستقلال بالرد • والأصح منهما الرجوع بالأرش ، فليكن الوجه الآخر جاريا هنا لكنه ضعيف مفرع على ضعفه ، ولنا خلاف هناك أنه لو رد أحدهما الجميع عند حصوله فى ملكه وأراد استرجاع نصف الثمن هل يجبر البائع عليه كما فى مسألة المنهل ؟ (فان قلنا) بالاجبار فهنا أن يرد الولد معها يحتمل أن يكون كذلك فان لم يفعل سقط حقه من الرد وتعين الأرش ولا يعقل فى هذه المواضع كلها عن فرض المسألة غيما اذا لم يحدث عيب جديد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اشتراها وهى حامل فولدت عنده (فان قلنا) ان الحمل له حكم ، رد الجميع (وان قلنا) لا حكم للحمل ، رد الأم دون الولد) •

(الشرح) هذا بناء صحيح اتفق عليه الأصحاب والصحيح ، أن له حكما ويقابله قسط من الثمن ويحبسه على استيفاء الثمن . فالصحيح أنه يرد الجميع ، وعلى الثانى يكون الولد كالولد الحادث فيأتى فيه الخلاف فى الرد قبل بلوغه سن التفريق ، والأصح المنع كما تقدم ، خلافا للمصنف رحمه الله . ويأتى فيه أيضا ما تقدم فى الولد الحادث قبل القبض ان حصلت الولادة قبل القبض من الخلاف فى حبسه بالثمن ، ورجوعه الى البائع عند اتفاق فسخ أو انفساخ على ما تقدم ، وسواء قلنا له رد الجميع على الصحيح أو رد الأم دون الولد على القول الآخر ، فشرطه على ما قال الماوردى والرويانى والرافعى رحمهم الله وأفهم كلام ابن الصباغ أن يكون حصل لها بالوضع نقص ، فان حصل نقص فلا رد .

وقد تقدم أن ابن الرفعة قال : قياسه أن يتخرج على الوجهين ، يعنى فى العيب الذى تقدم سببه ، هل يكون من ضمان البائع ؟ أو من ضمان المشتري ؟ والأصح أنه من ضمان البائع ، فينبغى على ذلك أن يرد ، وان حصل نقص وأيد ذاك بما اذا أصدقها جارية حائلا ثم حملت فى يده ثم وضعت فى يدها ثم طلقها ، وأن الرافعى رحمه الله حكى فى نسبة النقص الحاصل اليه أو اليها وجهين ، وهذا الذى ذكره ابن الرفعة قوى وقياسه أن يكون الأصح أنه يرد ، ولكن الماوردى وابن الصباغ جزما بخلاف ذلك .

واعلم أنى قدمت عن القاضى حسين والبغوى والرافعى ما يقتضى أن الخلاف فى كون ذلك مع ضمان البائع ، أو من ضمان المشتري جار مع العلم ، وقرعوا عليه أنه يرد الجارية بعد زوال البكارة والعبد بعد قطع يده بعيب آخر قديم مع العلم بالتزوج والجنائية على قولنا : أن ذلك من ضمان البائع ، وهو الصحيح الذى استشكله هناك وقلت : ينبغى أن يكون الرضا بالعيب قطعاً لأثره حتى يكون ما يوجد فى يد المشتري ، وأن كان من سببه منسوباً الى يد المشتري لرضاه لسببه دون البائع ، ولم أر من اعتضد به فى ذلك النقل ، ولا ما يرده الا كلام القاضى حسين ومن تبعه على سبيل التفريع ، فان كان الأمر كما قلت فقد اندفع الاشكال عن الماوردى وابن الصباغ هنا ، فان

المشتري عالم بالحمل ، فكذاك النقصان الحادث عنده منسوب إليه . وقد وجدت بعد ذاك بآخر التتمة صرح بامتناع الرد اذا علم بالزوجية ثم أزال الزوج بكارتها بعد القبض ، ووجد بها عيبا آخر وقد ألحقته هناك فاندفع السؤال .

نعم لو لم يعلم بالحمل كان ذلك من ضمان البائع ولا يمنع الرد حينئذ ولا يندفع الاشكال عن الرافعى لتصريحه بالحكمين في المسألتين على أن الماوردي رحمه الله في أصل المسألة مال الى أن ذلك من ضمان المشتري ، فلعله ذكر التفريع هنا على ما مال اليه هناك فلا يرد عليه شيء ، وان كان الأمر كما ذكره القاضى حسين ومن تبعه ، وأن الحادث الذى تقدم سببه منسوب الى البائع في عدم منع الرد بغيره مع علم المشتري ، وان لم يكن يرد به فطريق الجواب يحتاج الى تأويل . والذى خطر لى الآن أن يحمل المنع من الرد على حالة يحصل فيها من الولادة نقصان عن قيمتها مع الحمل ، فانه رضى بها حاملا فالغالب أنها بالولادة تزيد قيمتها . عن حالة الحمل فان الحمل غيب فاذا نقصت بالولادة عن قيمتها حاملا كان ذلك عيبا جديدا مانعا من الرد ، لأنه ليس الغالب حصوله بسبب الحمل والذى لا يغلب حصوله من السبب المتقدم تبعد نسبته اليه ، فلذلك لم يجعل من ضمان البائع فيكون مانعا من الرد بعيب آخر .

وأما مسألة الصداق فتحمل على أن المراد النقصان عن حالة الخيار ، وهى الحالة التى كانت عليها عند الاصداق ، ولا شك أن الجارية اذا حبلت وولدت تنقص قيمتها عما كانت عليه قبل ذلك ، والنقص بالحمل قد زال بالوضع وبقي النقص الآخر عن حالة الحبال ، فالولادة في يد الزوجة وسببها في يد الزوج وهو مما فعلت ، ولا يندر فيجوز فيه الخلاف ، فان فرض نقص بالولادة عن حالة الحمل الحاصل في يد البائع ، فهو نقص جديد يتجه أن يكون من ضمان الزوجة ، كما في المشتري هنا ، هذا ما خطر لى في ذلك ، وفيه نظر ، والله أعلم .

(فرع) أطلق الرافعى رحمه الله اشتراط عدم النقص بالولادة ، ولم يفرق بين ما بعد القبض وما قبله ، والمباوردي وابن الصباغ

رحمهما الله فرضاً المسألة فيما إذا كانت الولادة عند المشتري ، كما فرض المصنف رحمه الله ، ولا شك أنها إذا ولدت قبل القبض ولم يحصل نقض ترد إذا اطلع على عيب آخر ، أما إذا حصل نقص فقد قدمت كلاماً في أن العيب الحادث قبل القبض إذا استند إلى أمر سابق علم المشتري هل يكون موجباً للرد أو لا ؟ وهل يكون مانعاً من الرد بغير أو لا ؟ والذي ظهر أنه ليس موجباً ولا مانعاً وقد صرح صاحب التتمة أنه إذا اشترى أمة مزوجة عالماً بتزويجها ، فأزال بكارتها قبل القبض ، ثم اطلع على عيب بها ، هذا ما يقتضى تقييد كلام الرافعي رحمه الله ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان المبيع جارية ثيباً فوطئها ثم علم بالعيب فله أن يردّها لأنه انتفاع لا يتضمن نقصاً فلم يمنع الرد كالاستخدام) .

(الشرح) هذه مسألة مشهورة اختلف العلماء فيها على ثمانية مذاهب .

(أحدها) أن يردّها كما ذكره المصنف ، ولا يرد معها شيئاً ، وهو مذهبنا الذي نص عليه الشافعي والأصحاب ، ولم يختلفوا فيه ، وبه قال زيد بن ثابت فيما قيل وعثمان ومالك والليث بن سعد وأبو ثور ، ولا فرق عندنا في ذلك بين أن يكون بعد القبض أو قبله ، ولا يكون بالوطء قابضاً لها على المشهور ، ولا مهر عليه أن سلمت وقبضها ، فإن تلفت قبل القبض فهل عليه المهر للبائع ؟ وجهان بناء على أن الفسخ قبل القبض رفع للعقد من أصله أو من حينه ؟ والصحيح لا مهر ولا فرق بين أن يكون المردود عليه ممن تحرم عليه بوطء المشتري كأب وابنه أو لا فإن ذلك لا يمنع الرد .

(والمذهب الثاني) أنه لا يرد ولا يرجع بالأرث ، وهو قول أبي حنيفة والثوري وأبي يوسف وإسحاق ، وروى ذلك عن عمر وعلى بن أبي طالب وابن سيرين والزهري .

(والثالث) أنه يردّها ويردّ معها مهر مثلها ، وهو قول ابن أبي ليلى وشريح في رواية ، وقيل : انه روى نحو ذلك عن عمر قال ابن المنذر : المهر في قول ابن أبي ليلى يأخذ العشر من قيمتها ونصفا فيجعل المهر نصف ذلك يعنى يكون المهر ثلاثة أرباع عشر قيمتها • بذلك صرح عنه غيره •

(الرابع) يردّها ويردّ معها مهر مثلها بالغاً ما بلغ ، وهو قول ابن شبرمة ، والحسن بن حبي وعبد الله بن الحسن •

(والخامس) يردّها ويردّ معها نصف عشر ثمنها ، وهو قول شريح والنخعي وقتادة ، وروى من طريق الشعبي عن عمر •

(والسادس) يردّها ويردّ معها حكومة وهو قول الشعبي •

(والسابع) أنها لازمة ، لو صح ذلك عن الحسن وعمر ابن عبد العزيز ، وهى رواية عن علي بن ابي طالب ، فلا يردّها ولا يرجع بشيء على هذا القول •

(والثامن) يردّها ويردّ معها عشر ثمنها ، وهو قول ابن المسيب ، وروى عن ابن المسيب يردّ معها عشرة دنانير ، ولعل ذلك كان عشر ثمنها فلذلك لم أعده مذهباً آخر دون تحقيق • هذا في وطء الثيب • وأما البكر فسيأتى الكلام فيها في كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، ومن هذه الأقوال التى حكيتها ما وردت مطلقة من غير تخصيص لثيب ولا بكر ، وهو قول الشعبي والحسن وابن المسيب وهذه المذاهب الثمانية ترجع الى أربعة أقوال يردّها ولا شيء معها كمذهبنا ، أو بامتناع ردها والرجوع بالأرث ، كمذهب أبى حنيفة ، أو بامتناع ردها ولا يرجع بشيء كمذهب الحسن وعمر بن عبد العزيز ، أو يردّها ويردّ معها شيئاً كمذهب الباقيين •

فأما من يقول : يردّها وردّ شيء معها فالوجه تأخير الكلام عليه ، وتقديم الكلام على المذهبين الأولين عليه ، الثالث يشارك الثانى في القول بامتناع الرد عليهما في ذلك واحد ، فليجعل الكلام في جواز الرد

وامتناعه ، ومعتمدنا في ذلك أن وطء الثيب شيء لا ينقص من عينها ولا من قيمتها ولا يتضمن الرضا بعينها فوجب أن لا يمتنع من ردها بالاستخدام ، وقولنا لا ينقص من عينها احتراز من قطع الطرف ومن قيمتها احتراز من حدوث عيب في يد المشتري . وقلنا : ولا يتضمن الرضا بعينها احتراز من وطئها بعد العلم بعينها وغير ذلك مما يوجب الرضا . وهذا الدليل الذي ذكره المصنف ، واستدلال الشافعي رضي الله عنه بأن الوطء أقل ضررا من الخدمة ، يعني أن الوطء يمتنع ويلذ ويطرب والخدمة تلذ وتزيت^(١) وتتعب ، فإذا لم تمنع الخدمة من الرد فالوطء أولى أن لا يمتنع ، فهذا الدليل هو الاول لكن بقياس الاولى . وأيضا بالقياس على وطء الزوج . وقد اتفقوا على أنه لا يمتنع الرد . ولذلك إذا أكرهها انسان على الوطء فإن كان وطء الثيب يقتضي وجوب أن يقع وطء الزوجة والمكرهه ، فإن لم ينقص وجب أن لا يمتنع وطء السيد ، وبالقياس على ما اذا غصبها المشتري من البائع فوطئها ثم ردها حتى يوفيه الثمن ، فلما وفاه وسلمها اليه وجد بها عيبا له أن يردها عندنا وعندهم ، فإن اعتذروا عن وطء الزوج بأنه مستحق ، فوطء المشتري مستحق ، وأيضا يبطل بوطء الزوج بالبكر فإنه مستحق . ومع ذلك قالوا بامتناع ردها ، فإن اعتذروا بان منافع بضع الزوجة غير مملوكة بالشراء وانما يمتنع الرد بوطء السيد لانه كانه حبس بعض أجزاء المبيع فلذلك منع وطء السيد ولم يمتنع وطء الزوج الثيب .

وأما البكر فجلدة البكارة مستحقة للمشتري لأنها عين حقيقة ، والنكاح محل المنافع الا أن تلك الجلدة تتلف للضرورة ، واذا كانت مستحقة بالمبيع فأتلفها الزوج امتنع الرد لفوات بعض المبيع .

(فالجواب) أن منفعة البضع مملوكة بالشراء للسيد بدليل أن الزوج لو طلق كانت له ولو وطئت بشبهة استحق المهر وكون جلدة البكارة جزءا من المبيع مع كونها مستحقة الازالة للزوج لا يفيد ، لأنه مأذون فيها شرعا ، فلو لم تكن للنقص لما منع ذلك من الرد ، وقد تعلق

(١) قال في القاموس : زاتهم اطعمهم اياه ، واستترت طلب الزيت .
(المطيمي)

المخالفون في ذلك بأمرين (أحدهما) أن الصحابة رضى الله عنهم في هذه المسألة على قولين (أحدهما) أنه لا يرد ، وهو قول على بن أبى طالب رضى الله عنه (والثاني) يردّها ويرد معها المهر . وهو قول عمر رضى الله عنه ، فالقول بأنه يردّها ولا شيء معها أحداث قول ثالث وهو غير جائز ، وأورده ابن السمعاني والغزالي ومحمد بن يحيى عنهم فقالوا : ان عليا وابن عمر رضى الله عنهم قالوا : لا يردّها . وعمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهما قالوا : يردّها ويرد معها نصف عشر قيمتها ، وإيراده على الوجه الأول الأشهر ، وأقرب في النقل ، والجواب عنه من وجوه :

(أحدها) ما أشار اليه الشافعي رضى الله عنه في اختلاف الحديث فإنه بحث مع من خالفه وحكى عنه أنه قال : رويناه ذلك عن علي . قال الشافعي : قلت : أفثبت عن علي ؟ فقال بعض من حضره : لا . . . فروينا عن عمر يردّها . وذكر عسرا أو نحو ذلك . قال الشافعي : قلت : أو ثبت عن عمر ؟ قال بعض من حضره : لا . . . قلت : وكيف تحتج بما لا يثبت وأنت تخالف عمر لو كان قاله ؟ وهذا الكلام من الشافعي رضى الله عنه إشارة الى أنه لم يثبت ذلك عن عمر ، ولا عن علي رضى الله عنهما . وقد وقفت على الأسانيد وورود ذلك عنهما فرأيتها ضعيفة . وأمثلها الرواية عن علي ، فإنه لا يردّها ويرجع بقيمة العيب ، وهي منقطعة لأنها من رواية علي بن الحسين ولم يدرك جده ، ولولا ذلك لكانت صحيحة فأنها من رواية ابن أبي شيبه عن حفص بن غياث عن جعفر بن محمد بن علي بن الحسين عن أبيه عن جده عن علي رضى الله عنهم .

ولعل حفص بن غياث أو مسلمة ممن كان حاضرا مناظرة الشافعي ، فإنه كان قاضي الكوفة ، حنفيا جليلا ثقة ، ونقله البيهقي من طريق جماعة عن جعفر . . . ورويت متصلة بطريق ضعيفة ليست بمحفوظة . ونقل القاضي أبو الطيب أن الشافعي قال في اختلاف الأحاديث : لا يثبت عن أحد من الصحابة في ذلك شيء وإذا كان كذلك سقط التمسك الذي ذكروه ، والذي رأيته في اختلاف الحديث ما ذكرته ، ورأيت في اختلاف العراقيين قال : ولا يعلم ثبت عن عمر ولا عن علي ، ولا عن واحد

منهما أنه قال خلاف هذا القول يعنى قول الشافعى • وقال أبو المظفر ابن السمعاني : قد جهدت غاية الجهد أن أجد ما قالوه في كتاب فلم أجده وإنما هي حكاية أخذها أهل العلم من التعاليق ، وسمى السواد على البياض ، ولم يرد عن واحد من الصحابة شيء سوى على •

(الثانى) أنه قد روى مثل مذهبنا عن زيد بن ثابت • ذكره أبو على الطبرى في مسائله الكثيرة فيما نقله أبو حامد عنه • قال القاضى أبو الطيب : وحكى لنا ذلك — يعنى الرواية عن زيد — أبو الحسن الماسرجسى — ونقله المصنف في النكت • وإذا اختلفت الصحابة وجب الرجوع الى القياس ، لكن أبا المظفر ابن السمعاني قال : ان هذا النقل عن زيد ليس بصحيح •

(الثالث) أنه قول صحابييين لم يعلم انتشاره ، والقياس بخلافه فيقدم عليه •

(الرابع) أن مذهبنا موافق لعمر ، فإنه أثبت الرد هوأهقناه في أصل الرد • والاختلاف بعد ذلك في أنه يرد معها شيئاً أو لا • اختلاف في كيفية الرد •

(الخامس) أن احداث القول الثالث هيه خلاف وتفصيل مذكور في أصول الفقه ، ونحن هنا وافقنا بعضهم في جواز الرد وبعضهم في اسقاط المهر ، فلم يكن ذلك خرقاً للاجماع •

(الأمر الثانى) مما تعلقوا به القياس على وطء البكر ، لأن كلاماً ما يقرر المسمى في النكاح ، وعلى ما اذا زنت ، ويأنه ينالها في ذلك ابتذال وينقصها • فإنه قد يكون المشتري أبا البائع أو ابنه فيحرم فتحرم عليه ، فمنع الرد كسائر العيوب • وتعلقوا أيضاً بأن الوطء جنائية ، لأنه لا يخلو عن عقر أو عقوبة في الغالب ، ولا يباح بالاباحة فأثبته القطع • والرد رفع للعقد من أصله ، فلو ردها كان الوطء حاصلاً في ملك البائع ، وهذا لا يجوز ، لأن الوطء في ملك الغير لا يخلو عن المهر ، ولا يجوز أن يوجب المهر ولا أن يردها بغير مهر • فبطل الرد •

وربما قالوا في هذا : انه اذا كان واقعا في ملك الغير كان عيبا فيمنع الفسخ فلو نفذ الفسخ لما بعد . ونقلوا عن محمد بن الحسن أن الوطاء لا يخلو عن عقرب أو عقوبة إلا اذا كان في الملك ، وقد انتفيا عن المشتري بالاجماع . فلو فسخ لا يبقى الملك من أصله . فلذلك وجب اسقاط الملك . وقوله : انه انتفيا عن المشتري بالاجماع ينبغي أن يؤول : فانه قد تقدم عن ابن أبي ليلى وغيره ايجاب المهر ؛ وبأن منافع البضع في حكم الاجزاء . والمشتري ألتفها ، فصار كما لو تلف الولد والزوائد ، ويعود البحث في مسألة الزوائد .

وانما استدلوا به على أن الوطاء تنقيص للملك وصرف مهر الجارية الموطوءة بالشبهة الى سيدها ، فلو كان المهر نصيبا البضع فقط لوجب له الكفارة ، فلما صرف الى السيد دل على أن منافع البضع كالأجزاء وان لم تنقص القيمة كيد الذكر والأنثيين ، يصرف للسيد وان لم تنقص المالية بمنفعة البضع ؛ الحكم في حكم الأجزاء وفوات الأجزاء يمنع الرد ؛ ومما يدل على أنها في حكم الأجزاء أن الكافر لا يملكه على المسلمة . ويمنع من الرد في خيار الشرط بخلاف المنافع . وذلك أن منافع البضع في الشرع محترمة مشرفة ، لأنها سبب النسل في العالم ، فلتشرفها وحرمتها التحقت بالأجزاء شرعا .

(والجواب) أن وطاء البكر والزنا منقصان للقيمة . بل زوال البكارة وحدها بغير وطاء منقص ؛ والابتذال ان سلمه كالاستخدام ، وكون المشتري أبا البائع أو ابنه لا يعتبر في معيوب شخص من الأشخاص ، بل المعتبر ما ينقص قيمة الشيء ولا يؤثر الا ما له أثر في المالية . وقولهم : انه جنائية ممنوع . لأن الجنائية تنقص القيمة . وهذا بخلافه . ولو كان جنائية لمنع من الأجنبي اذا وطئ مكرهة ومن الزوج .

وقولهم : لا يباح بالاباحة . ينتقض بما دون الوطاء . هكذا نقض بعض الأصحاب عليهم ونقل بعضهم أن ما دون الوطاء من الاستمتاع مانع الرد أيضا . فعلى هذا لا يتوجه النقض وعن قولهم : لا يخلو عن مال أو عقوبة أن الجنائية قد تخلو من المال ، والعقوبة

إذا قال الرجل : أقطع يدي فقطعها • وعن قولهم : الرد فسخ للعقد من أصله تتقدم ثم أثر ذلك انما يظهر ذلك في الأعيان أما المنافع البعضية فلا •

ثم لو كان ذلك صحيحا لما جاز الرد إذا رضى البائع ، وهو جائز وإيجاب المهر في البضع عن المنفعة ، والسيد يستحقها ، فلا ضرورة الى تقديرها جزءا وتقدير المهر بعيد ، مما يدل على أنه ليس بجزء أنه لا يجبر به في المراجعة . ولا يسقط به قبل القبض من الثمن شيء ، ولا يضمه الغاصب عندهم ، وانما لم يملكه الكافر على المسلمة ، لأن فيه ادخال ذل على الاسلام ، والوطء في خيار الشرط فيه وجهان ، فإن سلمه فلائنه مع العلم بالخيار يتضمن الرضا ، فههنا وطء قبل العلم بالخيار ، واعتذر أبو زيد عن الوطء قبل القبض بأنه وقع في حكم ملك البائع • لأنه تصرف ولا ينتقل التصرف الا بالقبض فبقى على ملك البائع ، فلم يجز أن يجعل جنائية • وهذا ضعيف ، فهذا ما تيسر ذكره •

وحرف المسألة أن أبا حنيفة لاحظ غرض البائع وما يحصل له من النفرة والتغير والأنفة ، والشافعي لاحظ الأمر العام وأن عادة التجار إذا علموا أن الجارية ثيب لا يبالون بقلة الوطئات وكثرتها ، ولا ينقص من قيمتها شيئا ، فإن غرض وطء ينقص القيمة ، فليس غرض المسألة ، والله أعلم •

واعلم أن أصحابنا اختلفوا في أن الرد رفع للعقد من أصله أو من حينه ، وقد اتفقوا هنا على جواز الرد ، وعلى أنه لا يجب المهر الا ما سنحكيه من مقتضى كلام القاضى حسين وهذا الاتفاق يدل على أن أثر ذلك عند من قال به انما هو في الأعيان . أما المنافع فلا ، وهو يقوى ما تقدم من البحث فيه ، والا فلو أثبتنا عدم الملك كان ينبغي وجوب المهر ، وقد حكى القاضى حسين فيما اذا وطء المشتري الجارية المبيعة الثيب قبل القبض ، ثم ماتت ، أنه هل يغرم المشتري للبائع المهر ؟ على وجهين (ان قلنا) يفسخ من الأصل غرم والا فلا ، وقياس ذلك أن يأتي في الرد بالعيب ، ولم أرهم ذكروه ، وبقرير ثبوته

فهو مختص بما قبل القبض لضعفه ملك المشتري . وبقاء علقه ملك البائع ، فلا يلزم من ذلك طرده بعد القبض على الطريقة الضعيفة الطاردة للقولين فيما بعد القبض ، وفيه نظر ، هذا ما يتعلق ممن يقول بمنع الرد .

وأما المذاهب النافية فمذهب ابن شبرمة أقربها لأنه يقول بردها مع مهر المثل بالغاً ما بلغ ، وهو يتخرج على ما تقدم من ارتفاع العقد من أصله تخريجاً ظاهراً وجوابه ما تقدم . وأما من قال : يردها ويرد شيئاً يتقدر معها فتحكمات لا دليل عليها . وأما من قال بامتناع ردها ولا يرجع بشيء فبعيد ، فإن العيب القديم يجب الرجوع بأرشفه إذا امتنع الرد . اللهم الا أن يطرد الجزء مذهبه ويمنع من أخذ الأرض ، والله أعلم .

(فرع) هذا كله في وطء المشتري ، فلو وطئها البائع أو الأجنبي بعد القبض بشبهة فهو كوطء المشتري لا يمنع الرد ، وإن كانت مختارة فهو زنا وهو عيب حادث يمنع الرد ، وإن كان قبل القبض ، فإن كانت زانية فعيب يوجب الرد ، وإن كانت شبهة أو مكرهة فليس بعيب ويجب المهر على الأجنبي للمشتري ، وأما البائع ففى وجوب المهر عليه وجهان ، بناء على جنائية البائع على المبيع قبل القبض (إن قلنا) كأفة سماوية لم يجب والا يجب ، وهما كالوجهين في الانتفاع بالمبيع قبل القبض ، فإن ماتت بعد وطء البائع قبل القبض وقلنا العقد يرتفع من أصله لم يغرم المهر (وإن قلنا) من حينه فوجهان بناء على القولين في جنائية البائع ، قال ذلك القاضى حسين ، وإن ماتت بعد وطء الأجنبي قبل القبض (فإن قلنا) يفسخ العقد من أصله فالمهر للبائع (وإن قلنا) من حينه فللمشتري ، قاله القاضى حسين . وفي وجوب الحد على البائع إذا وطئها جاهلاً بالتحريم وجهان في التهمة ، هذا في الثيب أما في البكر ففيها زيادة أحكام ستأتى إن شاء الله تعالى .

(فرع) ما ذكرناه من أن الوطء إذا كان على وجه الزنا عيب يمنع الرد . استثنى القاضى حسين منه ما إذا لم تنقص قيمتها بالزنا ، بأن كانت معروفة بالزنا واشتراها على ذلك ، فإنه لا يمنع به الرد ،

ذكرت ذلك في جوابه عن اعتراض الحنفية • وكذلك ذكره صاحب التتمة وطرده في الاباحة والسرقة اذا حدثت ولم تنقص القيمة • قال : لأنها عيب من طريق الحكم ، يعنى بخلاف البرص ونحوه اذا زاد ، فإنه عيب من حيث المشاهدة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجد العيب وقد نقص المبيع - نظرت فان كان النقص بمعنى لا يقف استعلام العيب على جنسه كوطء البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة - لم يجز له الرد بالعيب لأنه أخذه من البائع وبه عيب ، فلا يجوز رده وبه عيبان من غير رضاه ، وينتقل حقه الى الأرض لأنه فات جزء من المبيع وتعذر الفسخ بالرد فوجب أن يرجع الى بدل الجزء الفائت وهو الأرض) •

(الشرح) النقص الحاصل لرخص السعر ونحوه لا خلاف أنه لا يعتبر ، لذلك قال المصنف : المعنى أى حاصل في المبيع ، وامتناع الرد في افتضاخ البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة اذا لم يكن لها سبب سابق ولا ضم معها الأرض ، لا خلاف فيه عندنا ، لأنها عيوب حادثة في يد المشتري ، فلو رده وبه عيبان كما قال المصنف في وطء البكر ومذاهب السلف ، قال ابن جريج والنخعي : يردّها ونصف عشر ثمنها ، وتقدم في وطء الثيب حكاية ثلاثة مذاهب مطلقة في الوطء والظاهر أنها مطردة في البكر ، وكلها ضعيفة ، واتفقوا في البكر على أنها بعد الافتضاخ لا ترد مجاناً ، لأن المتقدمين أجمعوا على قولين (اما) امتناع الرد (واما) الرد مع الأرض ، وجعلوا ذلك مثالا لامتناع احداث القول الثالث كما هو رأى أكثر الأصوليين ولاسيما هنا فان فيه دفع ما أجمعوا عليه •

وقد تكلم الشافعي في المختصر على افتضاخ البكر فقال : وان كانت بكرا فاقتضاها لم يكن له أن يردّها ناقصة بما بين قيمتها صحيحة ومعمية من الثمن • ثم تكلم بعد عن مسائل ، تكلم عن حدوث العيب عند المشتري فقال : فان حدث عنده عيب كان له قيمة العيب الا أن

يرضى البائع أن يقبلها ناقصة ، فيكون ذلك له الا أن يشاء المشتري حبسها : ولا يرجع بشيء ، وتبعه الأصحاب على ذلك وتكلموا على كل من المسألتين وحدهما . وجزموا في وطء البكر أنه مانع من الرد وقالوا في مسألة حدوث العيب : أنه يمنع الرد به .

وقال ابن سيرين والنخعي والزهرى على ما نقله ابن المنذر وغيره ، والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وابن شبرمة ، وقال الشعبي : أبطل الآخر الأول . وهذا يحتمل أن يكون موافقا لما قلناه ، ويحتمل أن يكون بمنع الرد ولا يرجع بشيء ، وذهب حماد بن أبى سليمان وأحمد وأبو ثور الى أنه يرد السلعة وأرش العيب الذى حدث عنده قياسا على المصراة .

وقال المسوردي : ان أبا ثور روى ذلك عن الشافعى رضى الله عنه في القديم وهذا يرجع الى الوجه المشهور الذى في طريقة الخراسانيين فيما اذا طلب المشتري الرد مع الأرش ، والبائع أعطاه الأرش وبقاء العقد ، وبالعكس من ايجاب كل منهما : وسنذكره ان شاء الله تعالى .

ولذلك قال المرعى : قطع الثوب من الصور التى فيها قولان :

(أحدهما) يرده وأرش القطع .

(والثانى) يأخذ الأرش . فلا تنافى بين الكلامين : ولكن هل نقول الواجب له ابتداء له الرد مع بدل الأرش ؟ أو يتخير بين ذلك وبين طلب الأرش . أو ليس له أخذ الأرش الا أن يختار البائع كما يقتضيه ظاهر قول الشافعى رضى الله عنه في المختصر والأصحاب ؟ فيه بحث ينبئ عليه أنه هل تجب عليه المبادرة الى الرد وبدل الأرش أو لا ؟ (ان قلنا) بالأول وجب (وان قلنا) بالثانى أو الثالث لم يجب . وسيأتى الكلام في ذلك ان شاء الله تعالى . واحتمال رابع وهو ما يقتضيه كلام الرانعى أنه حقه أولا في الرد وحده . فان امتنع البائع جاءت هذه الاحتمالات وسنذكره ان شاء الله تعالى .

إذا عرفت ذلك خيل ذلك جار في وطاء البكر أو لا : لا خرب الأول .
واطلاق كلامهم يقتضيه . وانما أفردت مسألة وطاء البكر وحدها لأنهم
ذكروه عقب وطاء الثيب . والبحث فيها مع الحنفية ، فإنا نوافقهم على
أن وطاء البكر مانع . ويحتمل على بعد أن يقال هما مسألتان فوطء
البكر وشبهه مما فيه فوات جزء كالخصاء ، أو قطع طرف من أطرافه ،
أو قطع اصبع زائدة ، سقط حقه من الرد ، وينتقل الى الأرض جزماً
إلا أن يرضى البائع بالرد والعيوب التي تنقص القيمة فقط يجرى فيها
خلاف أبي ثور ، والوجوه التي ستأتى ، فعلى الوجه الذى يقول بإجابة
المشتري لم يسقط حقه من الرد ، بل حقه فى الرد باق مع اعطاء
الأرض ، أما على التعمين أو على التخيير بينه وبين أخذ الأرض كما
تقدم ، وسيأتى إذا اتبعنا رأى المشتري .

ويؤيد هذا الاحتمال أن القاضى أبا الطيب نقل الاجماع على أنه
إذا قطع طرف من أطرافه فى يد المشتري ثم وجد به عيباً قديماً أنه
لا يجوز له رده ، ووضع الشافعى والمصنف من الخلاف كابن المنذر
وغيره مسألة الوطاء وحدها ومسألة حدوث العيب وحدها ، وما تقدم
عن الشعبي عامة قال فى الجارية توطأ : يردها ويرد معها حكومة ،
وفى الجارية يحدث بها عيب مبطل للعيب الأول . وهذا يقتضى التباير
بين المسألتين والأول أوفق لاطلاقهم ولعموم كلام الشافعى فى المسألة
الثانية ، ولكلام المصنف فإنه سوى بين وطاء البكر وقطع الثوب وترويج
الأمة وليس فى الثانى والثالث فوات جزء ولا ينحل أن هذه الثلاثة
مشتركة فى أنها صادرة من المشتري فتكون محل الجزم ، ويخص
الخلاف بما لم يكن من جهة المشتري لنقل أبى الطيب الاجماع فى قطع
الطرف فى يد المشتري ، فالأقرب أن العيوب كلها سواء فى منع الرد
الذى لم يخم معه الأرض أما إذا ضم معه الأرض فعلى ما سيأتى .

وعلى رأى المصنف — وهو الصحيح على ما سيأتى — يمتنع مطلقاً
إلا برضا البائع لأنه يجاب من طلب تقرير العقد على الصحيح فلذلك
صح إطلاق المصنف هنا . ومحل الاتفاق أيضاً ما لم يكن العيب الحادث
له سبب متقدم : فإن كان له سبب متقدم فلا يمنع على الأصح كما تقدم
مبحث حمل كلام المصنف على ما لا سبب له متقدماً ، ومن ذلك ما إذا

اشترى بكرا مزوجة جاهلا غافلتها الزوج وقد تقدم • وممن صرح به هنا القاضي حسين ، وتقدم فيه بحث . وجمع المصنف بين وطء البكر وقطع الثوب قيل : لأن أبا حنيفة وافق في وطء البكر وخالف في قطع الثوب ففيه قياس أحدهما على الآخر ، وقوله : وطء البكر محمول على افتضاها ، فلو كانت غورا فوطئها ولم تزل بكارتها فهو كوطء الثيب فيما يظهر •

واعلم أن زوال البكارة يفرض على وجوه مختلفة الأحكام ، سأفرد لها فرعاً في آخر الكلام ان شاء الله تعالى • وقوله : من غير رضا مفهوم أنه لو رضى البائع بالرد جاز وهو كذلك • لكن فيه بحث فإن قوله في أول الكلام نقص المبيع يدخل فيه جميع أنواع النقص والنقص قد يكون نقص صفة مخفية كقطع الثوب والترويح وقد يكون نقصان عين ، ولكنها في حكم الوصف كزوال البكارة فإن جلد البكارة — وإن كانت عينا — لكنها لا تقابل بقسط من الثمن ، ولذلك لا يسقط من الثمن بزوالها قبل القبض شيء وقد يكون نقصان عين مقابلة بجزء من الثمن ، كاحتراق بعض الثوب ، فأما القسم الأولان فجواز الرد إذا تراضيا عليه ظاهر وأما القسم الثالث فينبغي أن يكون كما إذا رضى البائع أن يرد عليه بعض المبيع • والأصح جوازه : وقد تقدم فيه أنه لا يجوز • إذا قلنا : لا يجوز تفريق الصفقة وشرط النقص المانع من الرد بالاتفاق أن لا يكون له أمد ينتظر • فلو كان قريب الزوال ففيه خلاف مذكور في طريقة الخراسانيين سأذكره في التنبيه الذي في آخر الكلام ان شاء الله تعالى •

(وقوله) وينتقل حقه الى الأرض ، ظاهره أنه لا حق للمشتري في الرد لا على التعيين ، ولا على التخيير ، وهو أحد الاحتمالات المتقدمة ، وسنعيد الكلام فيها ان شاء الله تعالى (وقوله) لأنه غات جزء من المبيع انما يظهر في القسم الثاني والثالث المتقدمين •

(أما الأول) وهو ما فيه نقصان صفة محضة فلا ، إلا أن يتجاوز في إطلاق اسم الجزء عليها • ويدل ذلك قوله : بدل الجزء الفائت • لكنه ههنا منزل منزلة الجزء شرعا بدليل جبره بالأرض : فلو لم يكن كالجزء لم يستحق الأرض في مقابلته لكنه ليس جزءا

حقيقيا : والا لزم أن يسقط من الثمن شيء في مقابلته : وان رضى المشتري بالرد ، وأن لا يصح بيع أصلا حتى يحصر الأوصاف التى يجب الأرث بفواتها ، وهى غير محصورة ويستثنى من قول المصنف ، وينتقل حقه الى الأرث ما اذا كان العيب القديم هو الخفاء ولم تنقص به القيمة ، فانه لا أرث له وسأذكر قريبا أن كلام المصنف دال على ذلك فيما سيأتى •

ويؤخذ من قول المصنف : ان الأرث بدل عن الجزء الفائت ، فكون جزءا من الثمن ، فليس عرفا جديدا ، وسيأتى الكلام فى ذلك •

(تنبيه) هل يشترط المبادرة باعلام البائع ؟ قال المتولى والبعوى والرافعى : ان المشتري يعلم البائع بالحال فان رضى به معيبا قيل للمشتري : اما أن تردده ، واما أن تقنع به معيبا ، ولا شيء لك ، وان لم ترض فلا بد من ضم الأرث ، صرح الرافعى والبعوى من بعد بأنه لو أخر الاعلام من غير عذر بطل حقه من الرد والأرث الا أن يكون العيب حادثا قريب الزوال غالبا كما سيأتى •

(قلت) وما ذكره يقتضى أن حقه أولا ثابت فى الرد ، فان امتنع البائع انتقل الى الأرث ، وهو خلاف ظاهر عبارة المصنف ، وما حكيته من عبارة الشافعى وكذلك عبارة كثير من الأصحاب فان ظاهرها أن حقه ثابت فى الأرث الا أن يرضى البائع بأخذه معيبا ، وقد قدمت أن الاحتمالات أربعة بكلام الرافعى ، هذا وما ذكره الرافعى يدل عليه كلام الغزالى هنا وكلام الامام فى باب السلم ، ويؤخذ من كلامه وجهان فى ذلك أرجحهما عنده أنه لا يثبت الأرث الا الطلب الجازم • وأما اذا كان العيب قريب الزوال كالصداع والحمى والرمد والعدة التى لزمته من وطء شبهة ففى جواز التأخير قولان أو وجهان مذكوران فى طريقة الخراسانيين • عبر عنها البعوى بقولين والغزالى بوجهين •

(أحدهما) يعذر بالتأخير وله انتظار زواله ليرده سليما عن العيب الحادث من غير أرث •

(والثانى) لا ، كغيره من العيوب وعلله الغزالى بقدرته على طلب
الأرشف .

(فان قلت) هذان الوجهان يدلان على أنه فيما ليس قريب الزوال
لا يعذر فى التأخير قطعا . ويكون الاعلام لطلب الرد والأرشف على
الفور وهو ما قاله الرافعى . قلت : يحتفل ذلك ويحتفل أن يكون هذان
الوجهان فى أن له الرد بعد ذلك . وأن ذلك عذر فى تأخير الرد أم لا ؟
فان جعلناه عذرا كان بعد زواله الرد واسترجاع جميع الثمن . وان لم
نعمله عذرا تعين حقه فى الأرشف والاحتمال الأول أقرب الى كلام
الغزالى وعليه جرى الرافعى . فان الغزالى صرح على قولنا أن لا يعذر
أنه أبطل حقه . وظاهر ذلك حقه من الرد والأرشف جميعا . فيقتضى
أن طلب الأرشف على الفور . فهم ابن الرفعة من كلام الغزالى أن الوجهين
فى تأخير طلب المشتري الرد مع بدل الأرشف .

ثم قال : انه لا يبعد جريان مثلهما فيما اذا قلنا : ان حقه فى
طلب الأرشف عن العيب القديم فأخر طلبه الى زوال الحادث . وبه صرح
فى الشامل فى نظير ذلك اذا علم عيب الجارية بعدما حملت . والحمل
ينقصها يرجع الأرشف . وقيل للمشتري : أمسكها حتى تضع ويردها .
وقد تقدم ذلك والذى أفهمه أن المسألة واحدة متى وجد عيب قديم
وعيب جديد منتظر الزوال ، جرى الوجهان فى جواز التأخير الى الرد
من غير أرشف أو طلب الأرشف الآن . لكن هل تتعين الفورية فى طلبه
أو لا ؟ فيه ما سلف عن الغزالى والرافعى من وجوب الفورية وعن
غيرهما من عدمها . ولا فرق بين طلب الرد مع بدل الأرشف وبين طلب
الأرشف بخلاف ما أفهم كلام ابن الرفعة من أنهما مسألتان .

نعم يلتف ذلك على البحث الذى تقدمت الإشارة اليه هل حق
المشتري أو لا فى الرد ؟ أو فى طلب الأرشف (فان قلنا) بالأول يظهر
الخلاف فى كون التأخير بهذا السبب عذرا أو لا (وان قلنا) بالثانى
يظهر سقوط حقه من الرد . ولا يعين الأرشف الا برضا البائع ، ولا
تستلزم الفورية . هذا ما يتضح عندى فى ذلك ، والله عز وجل أعلم .

والوجه الذى حكاه صاحب الشامل معناه أنه يؤخر طلب الأرش •
ويرد بعد الوضع • وأما تأخير طلب الأرش وحده بعد امتناع البائع
من الرد فجائز قطعا ولا يجب المبادرة الى أخذ الأرش ، ولذلك صرح
صاحب التهذيب بأن أخذ الأرش ، لا يكون على الفور ، بل متى شاء
أخذ وكذلك صاحب التتمة •

(فرع) زوال البكارة اذا كان بعد القبض فهو مانع من الرد ،
سواء أكان بوطء المشتري أو البائع أو أجنبى وسواء أكان بألة الافتضاخ
أو بغيرها كاصبع أو خشبة أو ظفره أو وثبة أو غير ذلك كل ذلك
مانع من الرد (١) الا اذا اشترى أمة مزوجة فزالت بكارتها بعد القبض
بوطء الزوج فقد تقدم فيه وجهان وهما يثبتان هنا فى تعليقة القاضى
حسين (أصحهما) عند الرافعى على ما تقدم هناك أنه غير مانع •

وقال صاحب التتمة : انه مانع فى صورة العلم دون الجهل ، وهو
الأصح ، وان كان زوال البكارة قبل القبض — فان كان من الزوج —
فان جهل المشتري الزوجية فلا اشكال فى أن ذلك موجب للرد ،
فضلا عن كونه غير مانع ، وان علم المشتري الزوجية فقد تقدم الكلام
فى هذا الباب ، فى موضعين ، على كونه موجبا للرد بسببه أو مانعا
من الرد بغيره أو لا ؟ •

والذى ظهر أنه غير موجب ولا مانع وصرح صاحب التتمة بأنه
غير مانع كما قلته ، وان كان من غيره فهو جنائية على المبيع قبل القبض
سواء أكانت مكرهة أو مطاوعة ، وسواء أكان الواطيء عالما أو جاهلا ،
والتفصيل فيه انه ان كان من أجنبى فان كان بغير آلة الافتضاخ
فعليه ما نقص من قيمتها ، وان افتضاها بألته فعليه المهر ، وهل يدخل
فيه أرش البكارة ، أو يفرد ؟ فيه ثلاثة أوجه (أصحها) عند الرافعى
هنا يدخل فعليه مهر مثلها بكرا (والثانى) يفرد ، فعليه أرش البكارة
ومهر مثلها ثيبا (والثالث) يجب أرش البكارة ومهر مثلها بكرا وهو الذى

(١) بياض بالأصل ولعل السقط : « بعد القبض » .

هزم به الشيخ أبو حامد في تعليقه في باب الشرط الذي يفسد البيع والرافعى هناك أيضا •

ثم المشتري ان أجاز العقد فالجميع له ، هكذا أطلق الرافعى ، وهو كذلك ان تم العقد • وأما ان ماتت قبل القبض فقال القاضى حسين أرش البكارة للبائع وجها واحدا كما لو قطع أجنبى يدها ثم ماتت في يد البائع فأرش القطع للبائع ، وفي مهر مثل الثيب وجهان (ان قلنا) يفسخ من أصله فهو للبائع (وان قلنا) من حينه فللمشتري • وهذا الذى قاله القاضى حسين متعين ، وان فسخ المشتري العقد قال الرافعى : فقدر أرش البكارة للبائع لعودها اليه ناقصة والباقي للمشتري •

فأما قوله : أرش البكارة للبائع فهو شاهد لما قاله القاضى حسين • وأما قوله الثانى للمشتري فينبغى أن يكون ذلك على قولنا انه يفسخ من حينه • أما اذا قلنا يفسخ من حينه فيكون الجميع للبائع كما تقدم في كلام القاضى عند التلف • وأما اذا اغتضها البائع ، فان اختار المشتري فلا شئ على البائع ان قلنا جناية كالآفة السماوية • وان قلنا كالأجنبى فحكمه حكمه • هكذا قال الرافعى تبعا لصاحب التهذيب •

واختلف جواب القاضى حسين فيها ، فمرة قال كذلك وهو آخر قوليه ومرة قال فيما اذا كان بغير آلة الاقتضاى يسقط من الثمن ما بين كونها بكرا وثيبا وكذلك اختلف قوله : فيما لو قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض واندمل ، وقلنا جنيته كجناية الأجنبى انه هل يجب عليه كمال القيمة أو نصفها ؟ قال : كما لو باع عشرة آصع حنطة بعشرة دراهم • ثم أتلّف البائع صاعا منها قبل القبض ، ينبسط عن المشتري عشر الثمن ، ولا يقول : يجب على البائع مثله ، لأنه عامد ، هكذا قاله القاضى ودعواه في هذه الصورة ممنوعة أيضا ، بل مقتضى التفرّيع أنه اذا أجاز المشتري يجب عليه مثله •

قال القاضى حسين : فيما اذا وطئها البائع واغتضاها ، وجعلنا جنيته كجناية الأجنبى ، وأجاز المشتري وقلنا : أرش البكارة ينفرد ،

ينظر كم نقص ذهاب البكارة من قيمتها ، فذلك القدر من الثمن يسقط
ان نقص عشر قيمتها سقط من الثمن عشره ، ويجب من مهر مثلها ثيبا
ان جعلناه كالأجنبي (وان قلنا) أرش البكارة لا يفرد فيجب مهر
مثلها بكرا مثلا مائة ، وثيبا ثمانين . فخمس مهرها بكرا أرش البكارة .
ان جعلناها كجنائية الأجنبي ، سقط من الثمن بحصته وفي أربعة أخماس
الثمن وجهان ، فان ماتت في يد البائع بعد افتضاضه سقط جميع الثمن .
وقدر ما يقابل أرش البكارة لا يجب على البائع . وهل يغرم مهر مثلها
ثيبا ؟ (ان قلنا :) الفسخ رفع من أصله لم يغرم (وان قلنا :)
من حينه ، وجنائة البائع كالأجنبي غرم .

هذا التفريع للقاضي حسين ، فإنه لم يفرع الا على قوله الأول ،
وفيه مخالفة كما قاله الرافعي في الحاقه بالأجنبي مطلقا ، وان فسخ
المشتري فليس على البائع فسخ أرش البكارة وهل عليه مهر مثلها
ثيبا ؟ ان افتض بآلته يبنى على أن جنائيته كالأفة السماوية يجب أم لا ؟
وهكذا قال الرافعي ومقتضاه أنا ان قلنا : كالأفة السماوية لم يجب
وهو صحيح .

(وان قلنا) كالأجنبي وجب وينبغي اذا قلنا ان جنائيته كالأجنبي
فيخرج على أن الفسخ رفع للعقد من أصله ، أو من حينه (ان قلنا :)
من أصله لم يجب أيضا والا وجب . وفي هذين القسمين زوال البكارة
من البائع ومن الأجنبي قبل القبض لا يمنع الرد بالعيب القديم ،
بل هذا عيب آخر مثبت للرد ، وأما اذا افتضها المشتري قبل القبض
فيسنشر عليه من الثمن بقدر ما نقص من قيمتها . وهو تعيب مانع
من الرد بالعيب القديم ، فان سلمت حتى قبضها فعليه الثمن بكماله ،
وان تلفت قبل القبض فعليه بقدر نقص الافتضاض من الثمن .

وهل عليه مهر ثيب ؟ يبنى على أن العقد يفسخ من أصله أو من
حينه ، هكذا قاله الرافعي ، وجعل القاضي حسين ذلك تفريعا على
قولنا ان أرش البكارة يفرد عن المهر ، فان قلنا لا يفرد قال فيتقرر
على المشتري من الثمن بقدر ما يقابله باعتبار القيمة . وفي الباقي من
المهر الوجهان . وبين التقديرين اختلاف ، فانا اذا أفردنا أرش البكارة

وكان عشرين مثلاً وهو عشر قيمتها قررنا عشر الثمن • وإذا لم يفرد
 وكان مهرها بكراً مائة أو ثيباً ثمانين فأرش البكارة الخمس ، فيتقدر
 خمس الثمن ، ولنفرض القيمة واحدة في المثالين ، فإذا ما ذكره
 الرافعي إنما يجيء على القول الضعيف • فإن الصحيح أن أرش
 البكارة يدخل في المهر • وهذا كله إذا لم نجعل وطء المشتري كوطء
 الأجنبي • وهو الصحيح • وهذا التقرير على طريقة القاضي حسين
 والرافعي هنا • وأما على طريقة الشيخ أبي حامد والرافعي في باب
 فساد البيع أنه يجب مهر بكر وأرش البكارة متعين ولا يخفى الحكم •
 وفي وجه افتضاخ المشتري قبل القبض وافتضاخ الأجنبي •

وفرق القاضي حسين بأن ضمان الجنائية بالشرع ، فروعى فيه
 واجب الشرع ، وهذا ضمان معاوضة ، فروعى فيه موجب العقد ،
 والعقد اقتضى التقييد على الأجزاء ، فلذا قال الفارقي تلميذ
 المصنف : تكلمت يوماً في هذه المسألة في حلقة الدامغانى قاضى القضاة
 وهى من مفردات أحمد ، فقلت : قضية العقد التسوية بين المتعاقدين •
 وحق الرد ثبت للمشتري إذا لم يحدث عنده عيب ، لأنه بذل الثمن
 ليحصل على مبيع سليم ، فلما ثبات أثبتنا له الرد جبراً لحقه ، فإنه
 لو أخذ منه الثمن الذى بذله فى مقابلة السليم وجعل على المبيع
 فكان اخلاً بالنظر ، وترك التسوية بينهما ، فلذلك إذا حدث عنده وجب
 أن يمنع عليه الرد ، لأننا لو جوزنا له ذلك أفضى الى الاضرار بالمنافع ،
 لأنه خرج المبيع عن ملكه سليماً فلا يجوز رده اليه معيباً تسوية بين
 جانبه وجانب المشتري •

فقال لى^(١) : هذا بيان التسوية بينهما وامتناع الرد ، فلم رجحت
 جانب البائع على جانب المشتري ، حتى ألزمت المشتري المعيب ؟ فقلت :
 هذا فى قضية النظر لا يلزمنى ، لأن مقصودى بيان امتناع الرد على
 المشتري ، وذلك يحصل بالمعاوضة لمراعاة حق البائع والتسوية بينهما ،
 فلا حاجة الى بيان الترجيح • ثم أشرع ببيانه (فأقول :) إنما
 رجحت جانب البائع على المشتري ، لأن البائع إذا ألزمناه أخذ المبيع

(١) لا يزال المتكلم هنا هو الفارقي تلميذ المصنف . (المطيعي)

بمعيين عظم الضرر في حقه ، لأنه خرج المبيع عن ملكه سليما من هذا العيب لحدوثه . فانه جزء من ملكه الذي كان ثابتا له ، والمشتري لم يكن في ملكه شيء ففات عليه ، وانما قصد تحصيل شيء على صفة فلم يحصل على تلك الصفة ، وليس الضرر في حق من فاتته شيء كان له حاصلا ، كالضرر في حق من لم يحصل له ما قصده .

(قلت :) قوله : انها من مفردات أحمد قد تقدم أن ذلك قول أبي ثور . رواه عن الشافعي ويوافقه أحد الأوجه في المذهب ، وهو مذهب مالك على تفصيل عنده .

(فرع) أطلق المصنف أن تزويج الأمة مانع من الرد ويطرقة أمران :

(أحدهما) أنا سنحكى حكاية عن صاحب البيان — وجها ضعيفا — أن التزويج ليس بعيب وقياس ذلك يطرد مهنا .

(الثاني) لو قال الزوج لها : ان ردك المشتري بالعيب على البائع فأنت طالق فكان قبل الدخول ، ثم وجد بها عيبا قال الروياني في البحر : قال والدي رحمه الله (الأظهر) عندي أن له الرد : لأن الفرقة تقع عقب الرد بلا فصل ، ولا يخلف النكاح عنده ، قال الروياني : ويحتمل أن يقال : ليس له الرد بمقارنة العيب الرد وعلى ذهني من كلام الغير ما يعضد هذا الاحتمال ، وأنه لو زوجها المشتري للبائع ثم عيبها لم يكن له أن يردّها عليه ، وان كان النكاح يفسخ برده لوجود العيب الآن صرح بذلك صاحب التتمة .

وقد ترتب ذلك على أن العلة مع المعلول أو قبله (ان قلنا) بالأول فلم تصادف الزوجية الرد فتصح (وان قلنا) بالثاني فوجهان (أحدهما) لا يصح للمقارنة ، قال الروياني : ولأنه قد يموت عقيب الرد فيلزمها عدة الوفاة ، ولا يقع الطلاق على المذهب الصحيح أي لمصادفته زمان البينونة ، فيؤدى ايجاب القبول الى الحاق الضرر به (والثاني) يصح كما ذكره والد الروياني ، ولأن الزوجية في مثل هذا الحال لا تعد عيبا ،

والأقرب أنه يمتنع لما قاله الروياني : ولما قدمته . وحينئذ يبقى كلام المصنف على إطلاقه .

(فرع) إذا وجد المشتري العيب فقبل رده مع كونه في الرد جاء البائع وقطع يده ، ففيه وجهان :

(أحدهما) له الرد ، قال الروياني : وهو الأظهر عندي ، لا لأنه عيب حدث في يد المشتري (قلت) هكذا أطلق هذين الوجهين ، ويحتمل أن يكونا خاصين بهذه الصورة حتى لا يكون فعل البائع مانعا لما شرع فيه المشتري ، ومحل ذلك أن نظير في جميع العيوب الحاصلة في المشتري من جهة البائع فيطرد ذلك في زوال البكارة من البائع وغيرها ، والكلام المتقدم في زوال البكارة يخالفه .

(فرع) من جملة العيوب المانعة من الرد لو كان غلاما فحلق شعره ، لأنه ينقص من ثمنه ، قاله أبو عاصم العبادي .

(فرع) اشترى فرسا بحمار وخصى الفرس ثم وجد به عيبا ، فالظاهر ومقتضى قول الجمهور ، وبه قال البغوي أنه ليس له الرد إلا برضا البائع ، وقال القاضي حسين في فتاويه : أن لم تنقص قيمته له أن يرد ، وأن نقصت استرد بقدر ما نقص من قيمته من عين الحمار لا من قيمته ، وأن كان الحمار قد تلف استرد من قيمته .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فإن قال البائع : أنا آخذ المبيع مع العيب الحادث لم يلزمه دفع الأرش لأنه لم يكن له غير الرد وإنما امتنع [من الرد] للعيب الحادث في يده ، فإذا رضى به صار كأن لم يحدث عنده عيب ، فلم يكن له غير الرد ، وإن قال المشتري : أردته وأعطى معه أرش العيب الحادث عندي لم يلزم البائع قبوله كما إذا حدث العيب به عند البائع فقال : خذه وأنا أعطيك معه أرش العيب لم يلزم المشتري قبوله) .

(الشرح) هذان نوعان من المسألة المتقدمة ، ولا تست أن للبائع والمستري عند اجتماع العيب القديم والحادث أحوالا •

(أحدها) أن يرضى البائع برده من غير أرش للحادث ، فذلك له وليس للمشتري بعد ذلك إلا أن يمسكه مجانا أو يرده ، ولا يكلف رده كما لا يكلف رده إذا انفرد العيب القديم ، ولا يكلف البائع الأرش • وهذه الحالة هي المسألة الأولى من كلام المصنف هنا •

(وقوله) لأنه لم يكن له غير الرد يؤيد ما تقدم عن الراعى ويقتضى أن حقه الأصلي هو الرد لا الأرش •

(الثانية) أن يتفقا على امساكه وأخذ أرش العيب القديم ، فذاك جائز بلا خلاف وهو الذى اقتضى كلام المصنف فيما تقدم أنه الواجب لكن بطريق الانتقال من الرد اليه ولا يأتى وهنا الخلاف المتقدم فى كلام المصنف فيما إذا تراضيا على دفع الأرش لاسقاط الخيار ، عند إمكان الرد ، والفرق على أحد الوجهين أن الاعتياض هناك عن نسخة الرد • وهى لا تقابل ، والمقابلة هنا عما فات من وصف السلامة فى المبيع •

(الثالثة) أن يتفقا على الرد مع الأرش وذلك جائز أيضا ، ولم يذكر المصنف هذه الحالة لكن ذكرها الراعى ، وهل أخذ الأرش هنا بطريق الاعتياض ؟ فيرد السؤال المتقدم ، ويكون هنا أقوى ، لأنه فى مقابلة سلطة طلب الأرش ، أو ليس بطريق الاعتياض ولكن يجعل قائما مقام الجزء الفائت بالعيب الحادث ، ويرد الرد عليها كما فى رد الصورة ، ويأتى ذلك البحث الذى هناك أو أنه لما فات ذلك الجزء عند المشتري ، وهو مقابل ببعض الثمن فإذا رد الباقي برضا البائع انفسخ العقد فيما يقابل المردود من الثمن ، وبقي ما يقابل الجزء الفائت لم ينفسخ فيه العقد •

وتظهر فائدة هذا فيما لو كان الثمن عرضا أو نقدا باقيا بحاله أنه لا يسترجع منه مقدار أرش العيب الحادث ، وعلى التقديرين الأولين يسترجع جميع الثمن ويغرم من عنده الأرش أو أنه لما انفسخ

العقد فيه لزمه غرامة ما فات تحت يده كالمستلم ويكون من باب الغرامات المحضة ليس منسوبا من الثمن سيأتى فى كلام المصنف فى مسألة ما لا يوقفه على عيبه الا بكسره ما يدل لهذا الاحتمال الرابع ، وفى كلام الامام فى مسألة الحلّى ما يشهد للاحتمال الثانى ، والله أعلم •

وقال : ان القائل بأن المبيع عند التنازع من يدعو الى الامساك يقول : اذا فرض التراضى على الرد وضم أرش العيب الحادث فمسبيله سبيل الاقالة •

(قلت :) وذلك لا يحفع الاشكال ، فان الاقالة فسخ على المذهب فيعود البحث فيها ، ولا يجوز أن يقع الفسخ على شرط أن يضمن المشتري الأرض ، فان ثبت الاحتمال الثانى كما اقتضاه كلام الامام لم يكلف أن يبقى فى ذمة المشتري بل لأبد من احضاره حتى يجاب كما يدل على ذلك كلام الامام فى مسألة الحلّى ، وسأذكرها ان شاء الله تعالى ، وهو يبين ما تقدم من البحث فى المصرة من اشتراط رد الثمر معها ، وفى معرفة قدر الأرض الذى يردده المشتري عن العيب الحادث كلام سيأتى فى معرفة أرش العيب القديم ان شاء الله تعالى •

والذى قاله الأصحاب فى مسألة الغرم أن الرد يرد على العين مع الأرض المردود وفى كلام المصنف هنا ما يقتضى ذلك ، وسنبينه ان شاء الله تعالى • لكن الامام قال هناك : ومما يجب التنبيه له أنا اذا قلنا فى العيب الحادث حيث كان لازما فى الصفقة أن المشتري يضم أرش نقص العيب الحادث الى المبيع ، ويردهما ، فهذا فى أصل وضعه اشكال ، فان التمليك بالفسخ رد واسترداد حقه أن لا يتعدى المعقود عليه ، والرد كاسمه ، فتقدير ادخال ملك جديد فى التمليك بطريق الرد بعيد ولا وجه يطابق القاعدة الا أن يقول : الرد يرد على المبيع بالمعنيين فحسب من غير أن يقتضى تضمين المشتري أرش العيب ، بتأويل تقدير الضمان فى حقه وتشبيه يده بالأيدى الضامنة ، ولكن لا يتعين المردود عليه بذمة الرد ، فيضم الأرض الى المبيع المردود ، فيكون المضموم مستحقا بالسبيل الذى أثرت اليه وليس أرش العيب الحادث مردودا •

ولو قال الراد : أرد ثم أبذل لم يكن له ذلك لعدم الثقة وإذا رد مع الأرض جرى في عين المضموم يتأول أنه ضمن وأقبض لا على أنه ملك بالرد شيئاً لم يرد عليه العقد ، وهذا يدل — لما سيأتى عن المصنف وغيره من الأصحاب — أن الأرض عن الحادث غرامة غير منسوبة من الثمن ، لكن الذى قاله المصنف والأصحاب هناك هو عام في كل عيب حادث ، أو خاص بما لا يوقف على عيبه الا بكسره فيه نظر •

(الحالة الرابعة) ان تنازعا فيذعن أحدهما الى الرد مع أرض العيب الحادث ويذعن الآخر الى الامساك وغرامة أرض العيب القديم ، وهذا يفرض على وجهين لأنه قد يكون طالب الرد هو المشتري ، وهى المسألة الثانية في الكتاب وقد قطع المصنف فيها بأن المجاب البائع ، وقد يكون طالب الرد هو البائع ، والمشتري يطلب الامساك وأخذ الأرض ولم يذكرها المصنف هنا ، ومقتضى اطلاقه فيما تقدم أن المجاب المشتري لأنه جعل الواجب له الأرض الا أن يرضى البائع بالرد أى مجانا ، وهو هنا لم يرض بالرد الا مع الأرض ، وما اقتضاه كلام المصنف في الصورتين هو الصحيح الذى صححه الأصحاب والرافعى وعبروا عنه بأن المتبع من يذعن الى الامساك لما فيه من تقرير العقد ، ولأن الرجوع بأرض العيب القديم يستند الى أصل العقد ، لأن قضيته أن لا يستقر الثمن بكماله الا في مقابلة السليم وضم أرض العيب الحادث ادخال شيء جديد لم يكن في العقد ، فكان الأولى أولى •

(قلت) وهذا فيه تقوية لما أبديته من الاشكال في أخذ الأرض من المشتري وقد تقدم ما فيه ، ووراء هذا وجهان آخران في طريقة الخراسانيين حكاها غيره — (أحدهما) أن المتبع رأى المشتري ، ويجبر البائع على ما يقوله ، لأن الأصل أن لا يلزمه تمام الثمن الا بمبيع سليم ، فان تعذر ذلك فوضت الخيرة اليه ، ولأن البائع ملبس بترويج المبيع ، فكان رعاية جانب المشتري أولى ، ويروى هذا الوجه عن ابن أبى ليلى ومالك وأحمد ، قال الرافعى : وعن أبى ثور أنه نصه في القديم •

(قلت) وقد تقدم ما نفعه الأصحاب عن أبي ثور . وأنه رواه في القديم ، لكن محله هناك في اجابة المشتري الى الرد ، وأما اجابته الى الامساك فلم أرسم ذكرهما هناك (فان قلت :) اذا أجيب في الرد فاجابته في الامساك أولى للمعنيين المتقدمين (قلت) قد يتكون أبو ثور يروى أنه ليس حق المشتري الا في الرد مع الأرض . ولا يسوغ أخذ الأرض كما هو ظاهر قوله : أنه يرد السلعة . فأرثى العيب (والوجه الثاني) وهو الثالث من الأصل أن المتبع رأى البائع ، لأنه اما غارم أو أخذ ما لم يرد العقد عليه وهذه الواجهة الثلاثة ، تحصل (١) في كل من الصورتين وجهان ، وهما في الثانية مستويان عند الصيدلاني .

وذكر الشيخ أبو محمد في السلسلة المصورة الأولى التي في الكتاب . وهي اذا طلب المشتري الرد وغرامة أرش الحادث . وحكى الوجهين فيها وبناهما على القولين فيما اذا اشترى عبيدين ومات أحدهما ووجد بالثاني عيبا وأراد ضم قيمة التالف اليه وانفسخ فيهما ان جوزنا هناك أجبنا هنا والا فلا . بل يغرم البائع أرش القديم . وهذا البناء يقتضي ضعف القول باجابة المشتري ، لان الأصح هناك عدم اجابته في ضم قيمة التالف ، وأيضا فان القولين المذكورين مفرعان على امتناع افراد الموجود بالرد . وقد تقدم فيه قولان مشهوران فهو خلاف على خلاف . وبنى الشيخ أبو محمد الوجهين في الصورة الثانية على القولين فيها اذا اشترى جوزا فكسره فوجده فاسدا . وقلنا له رده هل للبائع الأرض ؟ قولان (ان قلنا :) له ، أجبنا البائع هنا ، والا فلا .

(قلت :) والأصح على ما سيأتى أنه ليس له الأرض كذلك هنا (الأصح) أنه لا يجاب البائع في هذه الصورة فيسأل الشيخ أبو محمد بالجواز المراد به ما يبقى له قيمة بعد الكسر على ما سيأتى مبينا ان شاء الله تعالى .

(فروع) (الأول) لو زال العيب الحادث قبل علمه بالعيب القديم ثم علمه فله الرد على الصحيح المنصوص في البويطي . وفيه وجه ضعيف جدا . وقال ابن الرافعة : ان الأنسبه أن محله فيما لا يرجى زواله ، يعنى عن قرب ، وأما ما يرجى زواله لو زال فلا يمتنع من الرد .

(١) بنح الصانع التشديد . ونح اللام .

قولا واحدا ، ولو زال القديم بعد أخذ أرشه لم يأخذه ، وقد تقدم ما يقتضى اثبات خلاف فيه ، وكذلك هو فى التتمة ، وان زال القديم بعد أخذه أرشه رده على المذهب •

وقيل وجهان ، كما لو نبت سن المجنى عليه بعد أخذ الدية هل يردّها ؟ • ولو زال العيب الحادث بعد ما أخذ المشتري أرش العيب القديم أو قضى به القاضى ولم يأخذه ، فهل له الفسخ ورد الأرش ؟ • فيه وجهان بناهما الشيخ أبو محمد فى السلسلة على الوجهين اذا قطع كامل الأنملة العليا من يد رجل ثم الأنملة الوسطى من يد آخر ، ويد المجنى عليه ثانيا بالطلب • فأعطيناه الأرش من غير عفو ، ثم قطع الأول الأنملة العليا وأراد الثانى رد الأرش وقطع الوسطى قال (والأصح) أنه ليس [له] ذلك •

(قلت) وكذلك الأصح أنه ليس له الفسخ بعد الأخذ • وكذلك بعد الحكم على ما صححه البغوى ، وجزم ابن الصباغ عن الأصحاب بعد الحكم والقبض أنه لا فسخ ، وجعل محل الوجهين بعد الحكم وقبل الأخذ ، ولو تراضيا وقضيا ، فالأصح أن له الفسخ • قال الراعى : وكلما ثبت الرد على البائع لو كان عنده يمنع الرد اذا حدث عند المشتري ، وما لا رد به على البائع لا يمنع الرد اذا حدث فى يد المشتري الا فى الأقتل ، ولعله اجتاز بذلك عما اذا قطع أصبعه الزائدة ، فان القاضى أبا الطيب قال : عندى أنه يمتنع الرد ، وتبعه ابن الصباغ والعجلى ، لكنى رأيت فى التهذيب أنه لو باع أكلف فختنه البائع قبل التسليم وبرئ أو كان به سن شاغبة^(١) أو إصبع زائدة فقلع السن وقطع الاصبع قبل التسليم وبرئ فلا خيار للمشتري •

وهذا يقتضى أن زوال هذه الأجزاء مع البرء ليس بعيب ، ولذلك لم يرد به على البائع ، لكن فى كونه مانعا من الرد نظر اذا لم يكن

(١) سن شاغبة أى زائدة أو مختلفة النبتة عما جاورها ، أو مخالفة طولاً وعرضاً لما جاورها ودخولاً وخروجاً .

(الطيمى)

عيباً ، فان قيل : لأنه جزء من المبيع ورد عليه العقد وقد يتعلق بفواته
غرض ، فينبغي أن يكون كذلك اذا حدث قبل القبض أن يثبت الرد به .

أما اذا وجد ذلك قبل العقد فصحيح أنه لا يثبت الرد به جزماً ،
فان صح ما قاله صاحب التهذيب مع ما قاله القاضي أبو الطيب تعين
الاستثناء والاحتراز كما فعل الراعى ، والا فيصح أن يقول :
كما لا رد به على البائع اذا حدث في يده قبل القبض يمنع الرد اذا
حدث في يد المشتري ، ويبقى الطرفان لا يستثنى منهما شيء ، وسيأتى .
وصاحب التتمة خالف القاضي أبا الطيب ، ولو أخصى العبد ثم علم عيباً
قديمًا فلا رد وان زادت القيمة ، ولو نسي القرآن أو صنعة ثم علم
به عيباً قديمًا فلا رد لنقصان القيمة . ولو كانت الجارية رضية فأرضعتها
أم البائع أو ابنته في يد المشتري ثم علم عيباً غله الرد ، وان حرمت
على البائع ، لأن القيمة لم تنقص بذلك ، وقد تقدم نظيرها في وطء
الثيب اذا كان البائع أبا المشتري أو ابنه ولو اطلع على العيب القديم
بعد رهنه فلا رد في الحال .

وفي وجوب الأرض وجهان ، ان عللنا باستدراك الظلامة فنعم ،
وان عللنا بتوقع المود فلا . وعلى هذا فلو تمكن من الرد رد واذا
اطلع على العيب القديم بعد الاجارة فان لم نجوز مع المستأجر فهو
كالرهن ، وان جوزناه فهو عيب يرجى زواله ، فان رضى البائع بأخذه
مستأجراً رد عليه والا تعذر الرد ، ففي الأرض الوجهان . هكذا قال
الرافعى وقاله القاضي حسين في الدرس الثانى بعد أن كان قال : انه
اذا رهنه أو أجره فهل يفسخ في الحال أو لا حتى ينفك الرهن وتمضى
مدة الاجارة ؟ فيه وجهان ان منعنا لم نجوز له الأرض لأن للرهن
والاجارة غاية معلومة بخلاف التزويج ، وسواء صبر أو فسخ في
الحال فالأجرة للمشتري .

ولو تعذر الرد بغصب أو اباق قال الراعى : انه يجرى فيه
الوجهان اللذان ذكرهما في الاجارة ، وسيأتى التعذر بالاباق في كلام
المصنف . وصرح صاحب التهذيب بحكاية الوجهين في أخذ الأرض عند
الاباق والغصب (أحدهما) نعم للتعذر (والثانى) لا لعدم اليأس

وقرار الرقيق على نفسه في يد المشتري تدين المعاملة أو تدين الائتلاف مع تكذيب المولى لا يمنع الرد بالعيب القديم وان صدقه مشتري المولى على دين الائتلاف منع منه فان عفى المقر له بعد ما أخذ المشتري الأرش فهل له الفسخ ورد الأرش ؟ وجهان جاريان فيما إذا أخذ المشتري الأرش كرهنه العبد أو كتأبته أو أباقته أو غصبه أو نحوها ان مكناه من ذلك ثم زال المانع من الرد • قال في التهذيب (أصحهما) لا فسخ •

وان كان دبره أو علق عتقه بصفة ، فله الفسخ ، لأن التدبير يقبل الفسخ • وكذا التعليق قابل للرفع بإزالة الملك • قاله القاضي حسين ، وهو ظاهر • وان زوج الجارية أو العبد ثم علم بالعيب ولم يرض البائع بذلك قطع جماعة بوجوب الأرش ، لأن النكاح يراد للدوام فهو كعيب لا يرجى زواله • وقال الرافعي رحمه الله : ان بعضهم قطع بهذا • وأن الروياني والمتولى اختاراه • وهذه العبارة قد تفهم أن بعضهم خرجه على الخلاف • قال ابن الرفعة : ولم أر من صرح به (وأما) الكتابة فحكى القاضي حسين فيها وجهين وقال : الأظهر على المعنى أنه لا يفسخ • وقال الماوردي : انه لا رد ولا أرش لعدم اليأس ولا استدراك الظلمة بالنجوم^(١) •

وقال الرافعي : الأظهر أنه كالرهن وأنه لا يحصل الاستدراك بالنجوم ، يعنى لأنها في الحقيقة ماله ، وقال في التتمة : انه ان امتنع البائع من القبول أو قلنا تبع المكاتب لا يجوز ، فانه يجب الأرش (وقال) الرافعي رحمه الله تعالى : ان في التتمة أن الكتابة كالترويع • ومراده في وجوب الأرش (وأما) في جواز الرد فقد علمت بناء صاحب التتمة على جواز بيع المكاتب ، فليست كالترويع مطلقا ، فقد اجتمع في الكتابة أربع طرق (أصحها) أنه كالرهن فلا يفسخ في الحال ولا يجب الأرش على الأصح ، وهي طريقة الرافعي •

(١) النجوم في المكاتب ان يؤدي العبد ثمنه لسيدته انقاسا بمنجة .

(المطيعي)

(الثانى) أنه لا يرجع بالأرث في الحال قطعاً وهى طريقة
المأوردى •

(الثالث) القطع بوجوب الأرث وهى طريقة صاحب التتمة •

(الرابع) أنه يفسخ • وهو ما أشعر به كلام القاضى حسين في
قوله : الأظهر أنه لا فسخ ، وهذه العلة بناء على جواز بيع المكاتب ،
وأنه تبطل الكتابة ، وهو أحد الوجهين على القديم ، بل يتعين تفريعه
على ذلك • وتكون الطرق الثلاث على امتناع بيعه ، ولو أخذ الأرث
ثم عجز المكاتب أو طلق الزوج فعلى الوجهين المتقدمين في زوال العيب
بعد أخذ الأرث •

(فرع) لو أنحل الدابة ثم علم بها عيباً قديماً ان لم يعبها نزع
النحل ، بأن تكون كانت موجودة في يد البائع وسمم المشتري النحل
فبها ولم يكن يحدث بقلعها نزع فله نزعها والرد ، فان لم ينزع في
هذه الحالة لم يجب على البائع قبول النحل ، والفرق بين النزع هنا
والنحل في يده طلب الخصم أن ذلك اشغال يشبه الحمل عليها وهذا
تفريع • وقد تقدم ما ذكره القاضى في أن اشغال المشتري بجز الصوف
مانع من الرد • وذكرت هناك هذه المسألة على سبيل الايراد عليه ،
ولعله يطرده فيهما بل يتعين ذلك ، فان بابه وجوب المبادرة بالتلفظ
بالفسخ ، وان كان نزع الحافر يخرم نقب المسامير ويعيب الحافر
فنزع ، بطل حقه من الرد والأرث ، وفيه احتمال للإمام •

ولو كان نزع قبل الاطلاع على العيب — فان حصل به نقص —
كان كسائر العيوب الحادثة في الأرث ، ولو ردها مع النحل أجبر البائع
على القبول ، وليس للمشتري طلب قيمة النحل ، ثم ترك النحل هل هو
تمليك من المشتري ؟ فيكون للبائع لو سقط ، أو اعراض فيكون للمشتري ؟
(وجهان) أشبههما الثانى • هذا اذا جرى الترك وحده ، فان حصل
لفظ الهبة حصل الملك ، وقيل بجريان الخلاف وقد تقدم ذلك في
الأحجار في باب بيع الأصول والثمار ، وليس له على قولنا أنه لا يملك
المطالبة به ما دام متصلاً : ولو طلب نزع قبل الرد بالعيب فله ذلك ،

وغيه دليل على أنه لا يجب عليه البذل ابتداء ، وبه صرح الامام •
ولو قال المشتري لا أسمح بالفعل ، وطلب الأرض عن العيب القديم
لأنه لا يلزمني المسامحة وقلعه يقتضى حدوث تعيب • قال الغزالي :
لم يكن ذلك فانه كالحصر في مؤنة الرد •

(فرع) اذا صبغ المشتري الثوب ثم اطلع على عيب قديم ،
فان نقصت قيمة الثوب بالصبغ فلا اشكال في أن ذلك عيب حادث ،
وحكمه ما تقدم عند الوفاق أو التنازع ، وأما اذا زادت القيمة فقد قال
صاحب التقريب ، ثم الامام والغزالي والرافعي : انه ان رضى المشتري
بالرد من غير أن يطالب بشيء فعلى البائع القبول وهذا لا نزاع فيه •
وقد أطلق ابن الصباغ والبندنجي أنه اذا صبغه لم يكن له رده مصبوغا
ويرجع بالأرث ، وحمله ابن الرفعة على ما اذا حصل بالصبغ نقص
توفيقا بينه وبين ما قال الامام ، والأولى عندي أن لا يحصل على
ذلك لما يدل عليه آخر كلامه ، بل مراده أنه ليس له الرد اذا لم
يسمح بالصبغ فان سمح لم يتعرض له فهذه الحالة التي ذكرها صاحب
التقريب والامام لم يتعرض لها ابن الصباغ وكلامه مطلق يجب تقييده •

قال الامام : ويصير الصبغ ملكا للبائع لأنه صفة للثوب لا ترايله ،
وليس كالنعل (قلت) لكن في ادخاله في ملكه شبه من مسألة اختلاط
الثمار ، وفيها خلاف لأجل المنة بخلاف النعل فانه تابع والصبغ فوق
النعل ودون الثمار • ولو طلب المشتري أرش العيب القديم وقال البائع :
رد الثوب لأغرم لك قيمة الصبغ ففيمن يجاب وجهان (أحدهما) وبه
قطع الشيخ أبو حامد والمحاملي في التجريد والمجموع وابن الصباغ
والمثولي أن المجاب البائع ولا أرش للمشتري • (والثاني) وبه قال
أبو حنيفة : ان للمشتري أن يطالب بالأرث وهذا مما يعين أن كلام
ابن الصباغ في الصبغ الذي حصلت به زيادة • وانما أهمل القسم
الذي ذكره صاحب التقريب والامام • أو يكون لا يختار الاجبار على
ذلك • ويفرق بينه وبين النعل فيبقى كلامه على اطلاقه • والفرق بين
هذه المسألة حيث أجبتا البائع وبين ما اذا طلب أرش العيب الحادث
حيث نجيب المشتري على الصحيح ظاهر • فان المشتري هنا يأخذ قيمة

الصبغ والتمن يستدرك ظلامته ، ولا يغرم شيئاً هناك لو ألزمناه بالرد مع أرش الحادث ، غرمناه لا مقابلة شيء أخذه •

ونظير مسألتنا هذه أن يطلب البائع رده مع العيب الحادث من غير أرش ، فإنه يجاب قطعاً ، ولو أراد المشتري الرد وأخذ قيمة الصبغ مع الثمن غفى وجوب الاجابة على البائع وجهان (أحدهما) لا يجب ، وهذا الصحيح ينطبق عليه كلام ابن الصباغ قطعه بوجوب الأرش ان لم يحمل على صبغ تنقص به القيمة •

وقال الرافعي والنووي في الروضة كما قال (أحدهما) لا يجب قال : لكن يأخذ المشتري الأرش ، والامام لم يتعرض لذلك ، وستأتي التنبيهات التي أذكرها الآن ان شاء الله تعالى ببيان الحال فيه ، وهل ذلك متحتم ؟ أو ثم طريق غيره ؟ وههنا تنبيهات في هذا الفرع :

(أحدهما) أن الامام لما حكى الخلاف في الطرفين — أعنى طلب المشتري الامساك وأخذ الأرش أو الرد وأخذ قيمة الصبغ — شبهه بالخلاف في الاجبار على ضم الأرش ورد المبيع ، وقال : فقد جرى الصبغ الزائد مجرى أرش العيب الحادث في طرفي المطالبة قال الرافعي : ومعناه أنه اذا قال البائع رده مع الأرش وقال المشتري : أمسك وأخذ الأرش ، ففيمن يجاب ؟ وجهان ، وكذا اذا قال المشتري : أرد مع الأرش ، وقال البائع بل أغرم الأرش ، وهذا ظاهر للمتأمل في الوجوه الثلاثة المذكورة هناك اذا أفرد أحد الجانبين بالنظر •

ووجه المشابهة بين الصبغ الزائد وأرش العيب الحادث أن ادخال الصبغ في ملك البائع مع أنه دخيل في العقد كادخال الأرش الدخيل في العقد ، هذا كلام الرافعي رحمه الله ، ومراده ومراراً الامام أن البائع والمشتري اذا طلب أحدهما الرد يعطى البائع قيمة الصبغ وطلب الآخر الامساك مع الأرش ، فمن المجاب ؟ وجهان (أحدهما) على ما تقدم أن المجاب البائع في الحالتين (والثاني) أن المجاب المشتري في الحالتين •

وقال الغزالي في البسيط قريباً مما قاله الامام • وقال في الوجيز :

ان ادخال الصبغ كادخال أرش العيب الحادث ، قال الرافعى رحمه الله تعالى : ظاهره يقتضى عود الأوجه الثلاثة ههنا ، ثم يقال : الجواب منها فى وجه من يدعى الى فصل الأمر بالأرشف القديم ، وقد صرح به فى الوسيط ، ولكن رواية الوجه الثالث لا تكاد توجد لغيره ، وبتقدير ثبوته فقد بينا ثم أن الأصح الوجه الثالث وههنا قضية ايراد الأئمة أنه لا يجاب المشتري اذا طلب الأرض كما مر .

قلت : وكلامه فى الوجيز ظهوره فيما قال الرافعى رحمه الله ، يمكن حمله على ما فى النهاية والوسيط (وأما) كلامه فى الوسيط فانه قال : ان طلب قيمة الصبغ فهل يجب على البائع فى رد الثمن ؟ فيه وجهان .

(وان قلنا) لا نكلفه قيمته فهو كعيب حادث ، فتعود الأوجه فيه فى أن تملك شئ حادث أولى أو تغريم أرشف العيب القديم ، وهذا صريح كما قال الرافعى ولكن شبه زيادة اشكال فى بادئ الرأى غير ما ذكره الرافعى ، وهو أنه جعل الأوجه الثلاثة مفرعة على القول بعدم اجبار البائع على بذل قيمة الصبغ ، ويستبقى الرهن الى أن هذا هو القول باجابة البائع ، ولا يبقى بعده الا وجهان ، اجابة المشتري أو اجابة من طلب الأرض ، فكيف تأتى ثلاثة تفريعا على أحد الوجهين ؟ .

وحل هذا الاشكال بأن يكون المراد أنا اذا لم نجبر البائع على بذل قيمة الصبغ فالصبغ ملك المشتري والثوب تنقص قيمته باتصاله بصبغ لا يدخل معه فى التقويم فهو عيب حادث ، فان تراضيا على أرشف الحادث قوم الثوب وبه العيب القديم خاليا عن الصبغ ، فاذا قيل : عشرة قوم وبه العيب القديم ، وقد اتصل به الصبغ لم يدخل فى التقويم ، فاذا قيل : تسعة ، علم أن الفائت درهم ، فيبذله للبائع مع الثوب ، ويسترجع ثمنه ، ويبقى الصبغ فى الثوب للمشتري ، فان تراضيا على هذا المسلك أو على أرشف العيب القديم فذلك ، وان تنازعا فى هذين المسلكين فعلى وجه يجاب البائع ، فان اختار دفع الأرض عن القديم أو أخذ الأرض عن الحادث عرض على المشتري ، فان أباه سقط حقه ،

وعلى وجه يجاب المشتري ، فان طلب الأرش عن القديم ولم يرض
البائع بأخذ الثوب معيبا بسبب الصبغ ولا يبذل قيمة الصبغ أجبر على
بذل الأرش .

وان طلب الرد مع غرامة أرش العيب الحادث واستعادة الثمن
أجبر على ذلك وعلى وجه يجاب الداعي الى الأرش القديم أخذا أو بدلا
هكذا شرح ابن الرفعة ولم يلتزم بمقتضى كلام الامام من التشبيه .
وقال : يجوز أن يقول : لا يجبر البائع على بذل قيمة الصبغ ، ويجبر
على قبول أرش العيب الحادث ، والفرق أن الأرش غرامة عما فات
من ملكه الذى خرج منه ، ومألوف فى الشريعة أن يجبر الانسان على
أخذ ماله أو يبرأ منه ، واجبار البائع على بذل قيمة الصبغ اجبار على
تملك شيء مبتدأ ، يبذل لا على طريق الغرامة ، ومثل ذلك غير مألوف
فى الشرع ، ثم اعترض ابن الرفعة على نفسه بقول الغزالي بعد ذلك :
ولم يذهب أحد الى أن المشتري يبقى شريكا بالصبغ ، وتأوله على
أن المراد لم يذهب أحد الى أنه ليس له الا ذلك أو سقط حقه يعنى
بل هو مخير بين ذلك وبين أخذ الأرش .

قلت : ويؤيد هذا التأويل فرق الغزالي بأن المشتري يتضرر بذلك ،
بخلاف الغاصب ، والمشتري انما يتضرر بتعين هذه الطريق عليه
كالغاصب لا بالتخيير ، وسأنتكلم على ما يقوى التأويل أو يضعفه
فى التنبيه الثانى ، فان صح هذا التأويل اندفع هذا الاشكال الثانى
عن الغزالي ، ولم يبق الا ما ذكره الراغى ، وحينئذ أقول ما ذكره
الغزالي فى الوسيط من هذا الفرع الذى تجرى فيه الأوجه الثلاثة
بين رد الثوب بدون الصبغ أو بينه وبين أخذ أرش العيب القديم ،
هل يجاب فيه البائع أو المشتري ؟ أو طالب الأرش القديم ؟ فرع
زائد ، وكلام النهاية والوسيط والوجيز ساكت عنه .

وليس ما صرح به فى الوسيط تصريحاً بمقتضى ما ذكره فى الوجيز ،
كما أشار اليه الراغى رحمه الله . بل كلامه فى الوجيز فى ادخال
الصبغ فى ملك البائع قهراً ، وكذلك كلام النهاية والوسيط .

وأما كلامه في الوسيط ففي ادخال الثوب مع أرشه بدون الصبغ فأين أحدهما من الآخر ؟ فلا يكون ما ذكره في الوسيط وجهاً ثالثاً في تلك المسألة كما اقتضاه كلام الراغب رحمه الله ، بل ثلاثة أوجه في مسألة زائدة ، ويجوز أن يكون الأصح منها أيضاً أن المجاب من يدعو الى الأرض القديم كما هو الأصح هناك ، ولا ينافي إيراد الأئمة هنا أن المشتري لا يجاب إذا طلب الأرض كما قال الراغب رحمه الله أنه مر ، لأن الذي مر أنه لا يجاب المشتري إذا طلب الأرض وطلب البائع بذل قيمه الصبغ أما إذا طلب المشتري الأرض حابه امتناع البائع من بذل قيمه الصبغ فكما مر .

(التنبيه الثاني) قال الامام : لا صائر الى أنه يرد ويبقى شريكا في التوب كما في المعصوب . والاحتمال متطرق اليه ، وأجاب الغزالي عن هذا الاحتمال بأن المشتري يتضرر بذلك بخلاف الغاصب ، فانه يبقيه شريكا ولا يلتفت الى تضرره لعدوانه ، وأعرض ابن خلكان بأن غريم المفلس يرجع في الثوب التي زادت قيمتها بالصبغ ، ويكون شريكا ، ولم يحصل من المفلس عدوان وأجاب ابن الرقعة بأن المقصود في الفلاس دفع ضرر البائع ، فاذا رجع حصل الضرر للمفلس تبعا ، والمقصود في الرد بالعيب دفع ضرر المشتري برده ، وجعله مشتركا يقع له ضرر مقصود أكثر من ضرر العيب .

وأنا أقول : ان غريم المفلس اذا رجع في الثوب دون الصبغ لم يحصل ضرر للمفلس بالشركة ، لأن ماله مبيع كله ، وقد قال الأصحاب : ان التوب يباع ويكون النمن بينهما على ما تقتضيه القسمة ، على أنهم اختلفوا هل يكون كل الثوب للبائع وكل الصبغ للمفلس أو يشتركان فيهما جميعا ؟ على وجهين ، وفي الرد بالعيب لا يجب على أحد منهما البيع ، فيحصل الضرر تبعا للشركة .

واعلم أن هذا الاعتراض والجوابين عنه بناء على ما دل عليه كلام الغزالي من أن عدم القول بالشركة هنا لأجل ضرر المشتري ، وأن المقصود أنه لا يجب ذلك عليه كما أوله ابن الرقعة ، وعليه يدل تنظير الامام له بالغصب ، وأول كلام الامام وهو قوله : ولم يصر

أحد من الأصحاب الى أن المشتري يرد الثوب ويبقى شريكا محتمل له ، أى على سبيل الإيجاب عليه كما يجب على الغاصب ، وعليه يستقيم فرق الغزالي ويأتى اعتراض ابن خلكان عليه بسبب أن المفلس يجبر على ذلك من جهة البائع ، ويأتى الجوابان المتقدمان •

لكن فى آخر كلام الامام ما يقتضى أن ذلك على سبيل الجواز ، فإنه قال : وهذه المسألة ذكرها صاحب التقريب وأشار اليها العراقيون والاحتمال فيها من الجهة التى ذكرتها وهو تجويز الرد مع ملك المشتري فى عين الصبغ • فإننا قد نجعل الغاصب اذا صبغ الثوب شريكا • انتهى •

فقول الامام هنا تجويز الرد يدل على أن ذلك ليس على سبيل الإيجاب بل على سبيل الجواز ، وحينئذ لا يأتى تأويل الكلام الذى قاله الغزالي ، لأن مقتضى كلامه الآخر والأول لم يقل أحد بجواز الرد مع الشركة • فيتوقف التأويل المذكور • وحينئذ لا يبقى فرق الغزالي بضرر المشتري متجها ، لأنه قد يختار ذلك ، فلا يكون المنع حينئذ لضرره ، بل لضرر البائع وهو مثل ضرر المغصوب منه • والأولى اذا انتهينا الى هذا المقام أن نصحح تأويل كلام الغزالي فى الوسيط فإنه أخبر لكلام امامه •

وأول كلام الامام محتمل ، ولفظة الجواز فى آخره ليست صريحة فى نفى الوجوب فيرد اليه ، فهذا أولى من أن يجعل فرق الغزالي واقعا فى غير وجه كلام الامام ويكون الذى اتفق الأصحاب عليه أنه لا يتعين حق المشتري فى أن يرد الثوب ويصير شريكا ، ويقتضى ذلك أنه لو دعى البائع لا يجب على المشتري [الرد] ، وفيه شيء مما ذكره عن صاحب التهذيب •

(التنبيه الثالث) أن صاحب التهذيب قال : ان لم يمكنه نزع الصبغ فإن رضى البائع بأن يرده ويكون معه شريكا فى الزيادة رده ، وان أبى أمسكه وأخذ الأبرش وقد تقدم ذلك عن صاحب التهذيب : ذكره هناك فقلوه : ان رضى البائع بالشركة ان أراد يجوز للمشتري

أن يرده فصحيح • لأنهما إذا اتفقا على ذلك لا اشكال في الجواز ،
وان أراد أنه يجب على المشتري الرد أو يسقط حقه ، فهو الذى نقل
الامام والغزالي انه لم يقل به أحد من الأصحاب •

• وأما قوله : وان أبى أمسكه فان أراد أن البائع اذا امتنع من
الشركة تعين حق المشتري في الأرض وأنه لا يجوز للمشتري الزامه
وهو ظاهر كلامه فهو موافق لما قاله الراعى ومخالف لما حكاه
الغزالي في الوسيط من جريان الأوجه الثلاثة • لكنه موافق للأصح
منها ، وهو اجابة من يدعو الى الأرض القديم ، فينبغى أن يكون معنى
كلام صاحب التهذيب أنه ان أراد البائع أن يرد ويصير شريكا جاز
للمشتري الرد وان امتنع البائع تعين على المشتري الامساك ، وأخذ
الأرض ، يعنى على الصحيح والظاهر أن صاحب التهذيب لم يلاحظ
الضرر الحاصل للمشتري من الشركة ، وانما النظر الى ضرر البائع •
ويجب النظر الى كل منهما ، كما نظرنا الى كل منهما عند اجتماع العيب
الحادث والقديم • فتلخص من ذلك ما أذكره ان شاء الله تعالى •

(التنبيه الرابع) الذى تخلص مما تقدم أن المشتري ان طلب
الرد ، ولا يطالب بشئ أجيب قطعاً وأجبر البائع عليه فان اتفقا
على الرد مع قيمة الصبغ جاز قطعاً • وان اتفقا على أخذ الأرض عن
العيب القديم جاز قطعاً ، وان اتفقا على رد الثوب مع بقاء الصبغ على
ملك المشتري جاز على تعذر من كلام صاحب التهذيب والامام والغزالي
على تأويله ، وذلك مع الأرض عن نقصان الثوب بالصبغ أو بدونه
ان تراضيا على ذلك ، وان طلب المشتري قيمة الصبغ وامتنع البائع
لم يجبر على الصحيح • وان طلب المشتري الأرض عن العيب القديم
وامتنع البائع من بذل قيمة الصبغ أجبر البائع على اعطاء الأرض القديم
على الصحيح الذى اقتضاه كلام الوسيط •

وان طلب المشتري الرد مع الشركة وأن يرد أرض نقص الثوب
بالصبغ لم يجبر البائع على الصحيح • وان طلب المشتري الأرض عن
القديم وطلب البائع بذل قيمة الصبغ ، فالمجاب البائع على الصحيح ،
وقد تقدم الفرق بين هذه المسألة وبين بقية المسائل التى نجيب

فيها من طلب تقرير العقد ، وان طلب البائع الرد مع الشركة في الصبح
لم يجبر المشتري عليها على ما تقدم عن الامام ، وفيه ما تقدم عن
صاحب التهذيب •

(فرع) لو صبح المشتري الثوب ثم باعه تم علم بالعيب قطع
ابن الصباغ ، والمحاملي في التجريد بأنه ليس له الأرش لأن المشتري
قد يرده عليه ويرضى البائع باخذه ، وكذلك اذا كان ثوبا فقطعه وباعه
تم علم بالعيب •

(فرع) لو قصر الثوب ثم وقف على عيب فينبى على أن
القسارة غين أو أثر (ان قلنا) بالأول فهي كالصبغ (وان قلنا)
بالثاني رد الثوب بلا شيء ، فهي كالزيادة المتصلة •

قال الراغبي رحمه الله : وقطع الزبيري في المقتضب بأن له الرد
اذا زادت قيمته بالقسارة ، وليس فيه مخالفة لما قاله الراغبي •
ولو لبس الثوب فتغير باللبس امتنع الرد وله الأرش • قال الزبيري
أيضا : وهو ظاهر • لو اشتري شاة فذبحها ثم وجد بها عيبا غله الأرش ،
فان رضى البائع بقبولها مذبوحة فلا أرش للمشتري لامكان الرد ولا
اجرة على البائع للذبح ان ردت عليه ، لأن الذبح أثر هو نقص • هكذا
قال الماوردي •

آخر (١) ان كان ثوبا فخطاه استحق الأرش ، فان رضى البائع
بقبوله ان بذل الأجرة غله ان يرجع به مخطا لأن في الخياطة عيبا زائدا •
قاله الماوردي •

آخر : لو اشتري عصيرا حلوا فلم يعلم بعيبه حتى صار خمرا
غله الأرش • وليس له رد الخمر واسترجاع ثمنه • سواء أراضى
البائع بقبوله أم لا • لتحريم المعاوضة على الخمر ، فلو صار الخمر

(١) يريد : « قول آخر او وجه آخر او نوع آخر » . (المطبعي) .

خلا فقال البائع : أنا أسترجع الخل وأرد الثمن ولا أدفع الأرش كن له ذلك ، لأن الخل عين العصير ، ولا مانع من المعاوضة ولا للمشتري فيه عمل يفوت عليه . وهذا من تفريع أبى العباس بن سريج . قاله الماوردي والرافعي . ويحتمل أن يكون ذلك على ما خرجه ابن سريج من وجوب الارش اذا باع المبيع أو وهبه .

أما اذا قلنا بالمذهب وهو أنه لا يجب الأرش في ذلك لعدم اليأس كما سيأتي فالرجوع بالأرش في حالة كونه خمرا ينبغى أن يمتنع الان لاحتمال أن يعود خلا كما اذا وهبه .

ثم قولهم للبائع أن يسترجع الخل ولا يدفع الأرش ، ظاهر ذلك يقتضى أنه ليس للمشتري حينئذ أن يطالبه بالأرش للعلة المذكورة ، ولكن العلة المذكورة وهى أن الخل هو عين العصير يقتضى أن المشتري أيضا اذا طلب الرد له ذلك . وان امتنع البائع وطلب الأرش ، ويكون ذلك كما لو كان باقيا بحاله ، ولم أجد في النقل ما يوافق ذلك ولا ما يخالفه .

آخر : لو اشترى ذمى من ذمى خمرا ثم أسلما فوجد المشتري بالخمر عيبا ينقص العشر من ثمنه . قال أبو العباس ابن سريج : للمشتري الأرش وهو عشر الثمن ولا رد . ولا يبطل ذلك اسلامهما . وهو قول محمد بن الحسن ، فان قال البائع : أنا آخذ الخل وأرد الثمن ، فله ذلك . ولو كان المشتري علم العيب قبل اسلامهما فلم يرد حتى أسلما لم يكن للمشتري بعد اسلامه الرد ولا الرجوع بالأرش . أما الرد فليحدث الاسلام ، وأما الأرش فلامكان الرد قبل الاسلام ، فلو كان أسلم البائع وحده بعد تباع الخمر لم يجز للمشتري رده عليه بالعيب . ولو كان المشتري أسلم وحده جاز ، لأن استرجاع البائع تملك للخمر . والمسلم لا يملك الخمر . ورد المشتري ازالة الملك ، والمشتري يجوز أن يزيل ملكه عن الخمر . قاله الماوردي عن ابن سريج .

(فرع) اشترى جارية بعبد ، ثم وجد بالجارية عيبا قديما فردها ، ووجد بالعبد عيبا حادثا عند بائع الجارية قال ابن سريج :

يأخذ مشتري الجارية التي ردها العبد معييا ، وليس له المطالبة لبائع الجارية بأرث العيب الحادث عنده ، أو يأخذ قيمته ان اختار عدم استرداده .

قال الامام : وهكذا نقل عن القاضي حسين ، وليس الأمر كذلك عندنا بل الوجه أن يرد الجارية ويسترد العبد ويطلب أرث العيب الحادث ، لأن العبد مضمون بالقيمة لا بالثمن ، لأنه بعد رد الجارية لو تلف العبد في يد بائع الجارية فصاحب الجارية يرد قيمة العبد .

قال الامام : والذي قاله ابن سريج ليس بعيدا عن الصواب بدليل أن الزوج اذا أصدق زوجته عبدا ثم طلقها قبل المسيس وعاب العبد في يد الزوجة تشطر العبد وعاد نصفه الى ملك الزوج ، والزوج بالخيار بين أن يرجع بنصف قيمة العبد سليما وبين أن يرضى بنصفه معييا ، ولا يكلفها ضم أرث العيب الى نصف العين ، هكذا يمكن أن يقال في مسألة العبد بالجارية ، لكن بين المسألتين فرق ظاهر لا يخفى . حكى الامام المسألة في آخر الغضب ، ثم أعاد في كتاب الصداق ، وذكر الفرق بين مسألة العبد والجارية وبين مسألة الصداق ، وذكر الغزالي مسألة العبد والجارية في آخر كتاب الغضب ، وجزم القول بأنه اذا استرد العبد معييا لم يجز له طلب الأرث ، بل عليه أخذه أو أخذ قيمته . ثم أعاد المسألة بعينها في الصداق ، وقال يأخذ العبد معييا وله طلب الأرث فناقض اختياره في الوسيط .

وقال في البسيط هنا بعد ذكر الحكم في مسألة العبد والجارية ، انه يأخذ العبد معييا ويطلب بالأرث . وفي الزوج اذا عاد اليه نصف العبد بالطلاق وهو معيب ، وعليه أن يقنع بالمعيب وفرق بينهما ، قال بعد ذلك : وسمعت الامام في التدريس يقول : ان من أصحابنا من ذكر وجها في الصداق في مسألة العبد والجارية من مسألة الصداق أن لا يطالب بالأرث والظاهر الفرق ، ولست واثقا بالفعل ، وانى لم أصادفه في مجموعته . قال أبو اسحاق ابراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم ابن على بن محمد ، وهو ابن أبي الدم : قوله « في مجموعه » يريد « نهاية المطلب » وذكر الامام مسألة العبد والجارية في آخر النهاية

بعد أن فرغ من شرح سواد مختصر المزني ، وذكر بعده مسائل مبددة سردا متنوعة • قال : انما ذكرتها خوفا من أن أكون أهملتها في مواضعها ، فان كنت أهملتها فذكرها مفيد ههنا ، وان كنت ذكرتها لم تضر اعادتها قال : اذا باع عبدا بثوب ففصله صاحب الثوب وقطعه . فوجد الثاني بالعبد عيبا قديما فله رده •

ثم اذا رده حكي الشيخ وجهين (أحدهما) يسترد الثوب مقطوعا ويسترد أرش النقص ، وهذا هو القياس ، لأن الثوب لو تلف في يد آخذه ثم رد عليه العبد بالعيب غرم تمام القيمة ، فكذا يجب ان يغرم أرش النقص (والوجه الثاني) انه اذا رد العبد وصادف الثوب معيبا فهو بالخيار ان شاء رضى بالثوب معيبا واسترده من غير أرش وان شاء ترك الثوب ورجع بقيمته غير معيب ، فان اختار أخذ الثوب فلا أرش له ، قال الشيخ : اشتهر من كلام الأصحاب أن المتبايعين اذا تخالفا وكان عاب المعقود عليه في يد أحدهما فأنهما يتزادان ، ويرجع على من نقص العوض في يده بأرش النقص عند التفاسخ . فلا فرق بين هذه المسألة ومسألة العبد والثوب فان طرد صاحب الوجه الثاني مذهبه في مسائل التخالف كان ذلك خرقا من الاجماع ، وان سلمه بطل هذا الوجه بالعيب أيضا • ونسب الشيخ أبو علي باجراء الخلاف في مسألة التخالف • هذا كلام الامام في النهاية ، وقول الشيخ في ذكر الوجهين ، وفي قوله اشتهر من كلام الأصحاب • هكذا وجدته في النهاية مطلقا • وفيما نقله ابن أبي الدم عن النهاية أنه أبو علي في الموضوعين • وقد ذكر القاضي حسين في الفتاوى اذا باع حمارا بفرس فمشتري الفرس أخصاه ، ثم وجد بالحمار عيبا ، قال ان لم ينقص الاخصاء منه شيئا استرده ، ولا شيء ، وان نقص بعض قيمته رد غرسه وأرش النقص • وفي هذا الكلام مخالفة لما تقدم في صدر هذا الفرع من النقل عن القاضي •

وقال القاضي أيضا : لو باعه بفرس وعشرة دنانير وأخصى المشتري الفرس ورد الحمار بعيب ونقصت قيمة الفرس ، استرد الدنانير والفرس وأرش النقص وذكر الزايعي رحمه الله هذا الفرع وقال فيه : اذا رجع النقصان — يعنى في الثمن — الى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الأرش في أصح الوجهين ، كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها

مجانا : وينبغي أن يحمل كلامه على موافقة ابن سريج في تخيير المشتري
لا أنه يتحتم عليه أن يأخذ الثمن ناقصا .

وذكر النووي في الروضة في آخر مسألة من هذا الباب هذا
الفرع من زياداته فقال : قال القفال والصيدلاني وآخرون : لو اشترى
ثوبا وقبضه وسلم ثمنه ، ثم وجد بالثوب عيبا قديما غرده فوجد
الثمن معيبا ناقص الصفقة بأمر حدث عند البائع يأخذه ناقصا ، ولا شيء
له بسبب النقص .

وفيه احتمال لامام الحرمين ذكره في باب تعجيل الزكاة ، وكل
ما ذكره فيه مقيد ، غير أنه كان الأولى ذكره مع كلام الرافعي رحمه الله
فيه ، فإنه ليس مسألة زائدة عن الرافعي . وما ذكره عن القفال
وغيره هو الذي صححه الرافعي ، وما ذكره من احتمال الامام هو
الوجه الآخر ، قال صاحب التتمة : ولا يمتنع عليه رد الجارية ، سواء
أكان العيب الذي بالعبد مثل عيب الجارية أو أكثر من جنسه أو من غير
جنسه ، كما لو كان العيب يساوي أضعاف ثمنه . فإن له الرد بالعيب ،
وان كان الضرر في الرد أكثر منه في الامساك .

(تنبيه) قوة كلام المصنف تقتضي أن النقص حصل عند المشتري ،
ولكنه لم يصرح به هنا كما صرح به في التنبيه بقوله : وقد نقص المبيع
عند المشتري ، وهو احتراز عما لو علم العيب قبل القبض وقد نقص ،
فإن ذلك لا يمنع الرد ، لأن النقص عند البائع مضمون عليه ، وهذا ظاهر
فبما إذا لم يعلم المشتري بالنقص المذكور ، وكذلك لو علم ورضى به
ثم علم عيبا آخر ، كما لو اشترى عينا علم بها عيبا ورضى به ،
ثم وجد عيبا آخر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإذا أراد الرجوع بالأرض قوم المبيع بلا عيب ، فيقال :
قيمته مائة ثم يقوم مع العيب فيقال : قيمته تسعون ، فيعلم أنه
قد نقص العشر من بدله فيرجع على البائع بعشر الثمن ، ولا يرجع

بما نقص من قيمته ، لأن الأرض بدل عن الجزء الفائت ، ولو فات المبيع كله رجع على البائع بجميع الثمن ، فإذا فات قدر العشر منه رجع بعشر الثمن كالجزم لما ضمن جميعه بالدية ، ضمن الجزء منه بجزء من الدية ، ولأنا لو قلنا : انه يرجع بما نقص من قيمته أدى الى أن يجتمع الثمن والمثلن للمشتري ، فانه قد يشتري ما يساوى مائة بعشرة فإذا رجع بالعشرة رجع جميع الثمن اليه فيجتمع له الثمن والمثلن وهذا لا يجوز) .

(الشرح) قد تقدم تفسير الأرض ، وأنه جزء من الثمن نسبته اليه نسبة ما ينقص العيب من المبيع لو كان سليما الى تمام القيمة ، وبيان ذلك بالمثال الذى ذكره المصنف هنا ، وبه مثل الشافعى رحمه الله ، فان الذى نقصه العيب من المبيع السليم عشرة فيرجع بعشر الثمن ، فالقيمة معتبرة للنسبة خاصة ، ولا فرق عند الأصحاب بينه وبين ضمان الغصب والسوم والجنافية بأنا اذا ضممنا فى هذه المواضع ما نقص من القيمة لا يلزم الجمع بين البذل والمبدل ، وفى الأرض يلزم الجمع بين الثمن والمثلن .

قال الشيخ أبو حامد : انه معنى كلام الشافعى ، والمعنى الأول قتاله الأصحاب الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما ، وقدموه فى الذكر كما فعل المصنف فان فيه بيان المعنى الذى لأجله كان كذلك ، فيحصل به الشفاء أكثر ، ولكن فيه بحث ، فان قول المصنف بدل عن الجزء الفائت أى الذى اقتضاه العقد ولم يسلمه البائع .

(وقوله) ولو فات المبيع كله أى تحت يد البائع قبل التسليم ، كذلك قتاله القاضى أبو الطيب صريحا ، وهو ظاهر ، واذا كان كذلك فقد يقال : ان هذا المعنى يقتضى جواز الرجوع الى الأرض ، وان لم يمنع الرد ، وطلب الأرض عند امكان الرد غير سائغ ، بل قد يقال : انه كان ينبغى على هذا المعنى أن يتعين الرجوع الى الأرض ، ولو أراد المشتري الرد أو الرضا بالعيب كما أنه اذا فات بعض المبيع قبل القبض أو كله سقط ما يقابله من الثمن سواء أرضى المشتري أم لا ، وكما أنه اذا أخبر فى المراهقة أنه اشترى بمائة ، وكان بتسعين . فانا نحكم

بسقوط الزيادة وحصلتها من الربح على أظهر القولين ، ولأجل ذلك والله أعلم قال الامام في باب المراجعة عند الكلام في كذب المشتري بالزيادة : ان الأرض المسترجع . وان كان جزءا من الثمن ، فاسترجاعه انشاء نقص في جزء من الثمن والدليل عليه أن المبيع اذا رد على معيب فموجب العيب الرد ، لا يجوز الرجوع الى الأرض مع القدرة على الرد فكان الأرض بدل عن الرد واذا تعذر ولا ينتظم عندنا الا هذا ، وهذا الكلام من الامام أوله يقتضى أن الأرض جزء من الثمن ، يستدرك بانشاء نقص جديد ، وهذا موافق لكلام الأصحاب : وفيه زيادة بيان أن ذلك بطريق انشاء النقص ، وليس كالمراجعة وآخره قد يوهم أن الأرض ليس في مقابلة الجزء الفائت ، ولكن في مقابلة الرد عند تعذره وتأويله أن الشارع جعل له عند تعذر الرد استرجاع جزء من الثمن عن الجزء الفائت ، حيث فات عليه الرد ، ولذلك أتى بكأن التي هي حرف تشبيه . فلم يجعله بدلا عن الرد ، ولكن مشبها ، فان سلطة الرد لا تقابل بعوض .

ويجب تأويل كلام الامام كقوله أولا ان الأرض جزء من الثمن ، ولو كان بدلا عن الرد لم يختص بالثمن وعند هذا لا يكون في كلام الامام جواب عن الاشكال الذي أورده الا بما سأذكره ان شاء الله تعالى .

وقد ذكر الغزالي احتمالين في أن الأرض غرم مبتدأ ، أو جزء من الثمن ، وسيأتى . فان قيل : ان الأرض غرم مبتدأ فلا اشكال في هذا الوجه ، ويصير كأن البائع معيب للمك المشتري . قال الغزالي : ويشهد له أن مشتري الجارية بعبد معيب يعلم عيبه يستحل وطأها ، ولو كان جزءا منها يعرض العود الى بائع الجارية لو اطلع على عيب العبد لأورث توقعه شبهة ، وان قيل ان الأرض جزء من الثمن فالممكن في فهمه ما قاله الغزالي أن يقال : ان المبيع في مقابلة كل الثمن ان رضى ، والا فهو في مقابلة بعضه ، فيخرج ذلك البعض عن المقابلة ، ويتعين لاستحقاقه . قال : وهو ظاهر كلام الأصحاب .

وكأن المقابلة تغيرت . ولكن جوز ذلك فيهما استبدال سبب في أصل العقد وان كان لا يجوز ذلك بالتراضى عند الحاق الزيادة بالثمن

بعد اللزوم : فهذا الذى قاله الغزالى من دقيق الفقه كما قال :
ولكن ما الموجب لتغيير المقابلة فانه بالرضا يتبين أن العقد لم ينعقد
الا على البعض ، أشكل بمسألة الجارية ، وبما قاله الامام فى المراجعة .
وان كان بطريق الانتقاض كما تنتقض المقابلة فى تفريق الصفقة فى
الدوام — اذا قلنا : يمسك بكل — فذلك قول ضعيف ، فلا يخرج
عليه ما اختاره أكثر الصحاب هنا .

ومقتضى كلام الامام فى مسألة الحل أن ذلك اقتضته الضرورة
كالتوزيع . وليس العقد يقتضيه من الأصل . لكن هذا الذى يقوله
الأصحاب على خلافه . اذ هم يقولون بأن العقد فى أصله اقتضى
التوزيع كما صور ذلك فى قاعدة مد عوجة فكيف يستقيم على رأى
الأصحاب أن الأرض جزء من الثمن . وتلخيص الاشكال أن الثمن
ان كان مقابلا للمبيع وصفات السلامة ، وأنه يتقسط عليها كما يتقسط
على أجزاء المبيع ، فينبغى عند فوات بعضها أن يسقط ما يقابله ،
ولو رضى به معينا ، وهذا خلاف الاجماع . بل كان ينبغى أن لا يصح
العقد لأن تلك الصفات لا تنحصر فيكون ما قوبل بالثمن مجهولا ، وهو
خلاف الاجماع أيضا . وان كان الثمن فى مقابلة المبيع على ظن السلامة ،
والأوصاف ليست داخلة فى المقابلة ولا يقتضى فوات وصف منها سقوط
بعض الثمن على الرد لفوات الظن . فاذا تعذر الرد ودل دليل على
وجوب الأرض كان ذلك غرامة جديدة لا جزء من الثمن . وأحسن
ما يقال فيه ما تقدم عن الغزالى . وقد يقال ان فوات ذلك الوصف
موجب للرد واسترجاع جميع الثمن ، وقد تعذر الرد غيما قبضه
المشتري وهو المبيع المجرد عن ذلك الوصف ، فيجعل ذلك الوصف فى
حكم المقبوض المردود على البائع ويقسط الثمن عليه وعلى الذى تعذر
الرد فيه ، وهو المبيع المجرد عنه استدراكا للظلمة ، وكأنه فسخ
العقد فيه ، وهذا معنى قول الامام انه انشاء نقص جديد ولعله
يأتى فى مسألة الحل زيادة على هذا .

على أن القول بأنه غرم جديد أيضا ليس صالحا عن اشكال ، فانه
لو كان كذلك لوجب أن يرجع بما نقص من قيمته ، ولم يصرح أحد بأن
الأرض غرم جديد من كل وجه ، فانه كان يلزم أن لا يتقدر من الثمن

ولا قائل به ، والامام حكى في مسألة الحلّى عن صاحب التقريب ما يقرب من أن الأرش غرم لكن ليس من كل وجه ، وسنذكره هناك ان شاء الله تعالى .

وقال صاحب الوافى : ان المصنف في باب اختلاف المتبايعين قال : ان الثمن لا ينقسم على الأعضاء : وههنا قال : الأرش بدل عن الجزء الفائت . قال : وليس بينهما تناقض ، لأن الثمن يقابل المبيع ، ولا يتقسط على أعضائه بمعنى أن اليد كعين والرجل كعين أخرى : بل يقابل المبيع وهو ذو أجزاء فيقابلها من حيث كونها جزءا لا من حيث انها عين أخرى ، ثم اذا صادفها المشتري ناقصة له الرد استدراكا للظلمة ، فان لم يفسخ عند الامكان فلا شيء نه ، لأن المقابل العين وهى باقية والضرر يزول بالفسخ ، فان سقط رده بحدوث عيب آخر دعطنا الضرورة الى تمييز ما نقص منها من حيث التقويم ليرجع بثمن ما فات من المبيع اذ لا يندفع الضرر الا بذلك . وهذا ليس فيه الا دعوى الضرورة ، وذلك لا شفاء فيه في جعل ذلك .

(قلت) : جزءا من الثمن وتقدير علة المصنف والموضع مشكل ، وليس المصنف مختصا به . والفارقى جعل وجوب الأرش على وفق القياس ، وشبهه بما اذا قال : بعثك هذه الصبرة ، وهى عشرة أقفزة ، فكملت بعد البيع فخرجت تسعة ، فانه يسقط درهم ، كذا اذا قال : بعثك هذا العبد فخرج مقطوع اليد (قلت) ولو صح هذا التشبيه لوجب أن يجرى خلاف في صحة البيع كما في مسألة الصبرة .

وقول المصنف : كالجزء الى آخره اذا جنى عليه جنائية ليس لها أرش مقدر ، فان نفياها من ديته فنقول : هذا لو كان عبدا صحيحا قيمته كذا ، ولو كان عبدا مع هذه الجراحة قيمته كذا فما بين القيمتين يؤخذ بنسبته من الدية . والمصنف في ذلك تابع للشيخ أبى حامد .

(فائدة) ادعى ابن الرفعة أن كلام الامام في باب المراجعة يدل على أن الأرش في مقابلة سلطنة الرد وفي غير ذلك يدل على أنه جزء وأن

ذلك مناقضة . وليس الأمر كما قال لمن تأمل كلام الامام . وقد أشرت الى ذلك وذكرت تأويله .

(فرع) مقتضى كلام المصنف وغيره أنه اذا لم تنقص القيمة لا رجوع بالأرض ، فاذا اشترى عبدا ووجده خصيا بعد أن وجد ما يمنع الرد فلا رجوع بالأرض أصلا ، وبه صرح الامام والغزالي في البسيط والرافعي ، قال ابن الرغفة : الا أن يكون الاطلاع قبل الاندمال والجراح متاملة ، فان قيمته قد تنقص ، فان لم تنقص أيضا انسد طريق الأرض .

(فرع) مع قولنا بأن الأرض جزء من الثمن فالمشهور القطع بأنه لا يبطل العقد بأخذه ، وفي شرح الفروع للقاضي أبي الطيب في كتاب السلم اذا اشترى حنطة معينة بعبد معين ، وتسلم الحنطة وسلم العبد وأعتقه ، ثم وجد بالعبد عيبا قدر الأرض ، ورجع بقدره من الحنطة ، وانتقض البيع فيه ، وهل ينتقض في الباقي ؟ اختلف أصحابنا فمنهم من قال على القولين في تفريق الصفقة اذا كان العقد لم ينعقد في البعض ، هكذا عبارته ، والأولى أن يخرج ذلك مع بعده على تفريق الصفقة في الدوام ، فانه انتقاص طارئ لا بطريق التعيين . وقد تقدم البحث في ذلك ، وسيأتي له تنمة ، وانما أوجب هذا الاشكال الذي قدمت التنبيه عليه ، فانظر كيف آل التفريع الى أن جعل أخذ الأرض مبطلا للعقد ، بل بمجرد الاطلاع على العيب .

(فرع) لو كان العيب في عين قبضت عن دين ، هل يكون الأرض عنها كما قلناه هنا ؟ أو يعتبر بما يقابله بدل العين ؟ فيه وجهان مذكوران في الكتابة عند خروج النجم معينا بعد تلفه ، هل يتعين الأرض في رقبة المكاتب ، أو ما ينتقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب ؟ وهما في كل عقد ورد على موصوف في الذمة .

قال الامام : وأمثلة من الوجهين أن يقال يغرم السيد ما قبض ، ويطالب بالمسمى بالصفات المشروطة (قلت) فتلخص ثلاثة أوجه في كل مقبوض عما في الذمة خرج معينا ، وتعذر رده (أحدها) يرجع على

الدافع بأرثه بنسبته من العوض كما في المعاوضات (والثاني) ما نقص من قيمته كالمغصوب والمستام (والثالث) يقدم القابض ما قبض ويطالب بالتسليم .

(فرع) في فتاوى القاضي حسين : اشترى في صحته بمائة ما يساوى مائة ، فوجد في مرض موته به عيبا ينقص عشر قيمته ورضى ، اعتبر من الثلث قال : ويحتمل أن لا تعتبر من الثلث لأنه امتناع عن التكسب . قال جامع الفتاوى (قلت) وهو الأولى عندي فإن اشترى ما يساوى خمسين بمائة فوجد في مرض موته عيبا ينقص العشر ورضى ، اعتبر من الثلث خمس وخمسون ، لأنه لو رده لربح خمسا وخمسين ، قال جامع الفتاوى : وهذا أيضا كالأولى ، والأولى أن لا يعتبر من الثلث ، فإن اشترى ما يساوى مائة بخمسين ، والحال كذلك ورضى ، فهل نعتبر الخمسة من الثلث ؟ الظاهر لا ، لأنه استبعاد به أربعين (والثاني) يعتبر تلك الخمسة لأنه لو تلف في يده أو بعد رده كان يأخذها .

(فرع) لو وجد بعينه بياضا وحدث عنده بياض آخر ثم زال أحد البياضين واختلفا ، فقال البائع : زال القديم ، وقال المشتري : زال الحادث حلما وأخذ المشتري أرش أحد البياضين ، فإن اختلف البياضان أخذ أرش أقلهما ، لأنه المتيقن والبائع يستفيد بيمينه درء الفسخ ، والمشتري يستفيد بيمينه أخذ الأرش نص عليه الشافعي والأصحاب ، وقال الروياني : ليس للمشتري الرد لأنه اعترف بزوال حقه بحدوث العيب ، ويدعى عود الحق فلا يقبل في العود الا بحجة وله الأرض لأنه كان ثابتا والبائع يدعى زواله .

(فرع) اذا ثبت الأرض فإن كان الثمن بعد في ذمة المشتري برىء من قدر الأرض ، وهل يبرأ بمجرد الاطلاع على العيب أم يتوقف على الطلب ؟ وجهان (أحدهما) الثاني ليبقى له طريق الرضا بالعيب بعد الفوات ، كما لو كان له عند البقاء وميل القاضي حسين الى الأول بخلاف ما لو قدر على الرد ، فإن الفسخ لا يحصل دون طلب وقد

اقتصروا هنا على حكاية هذين الوجهين ، وكان ذلك تفريع على أن الأرض جزء من الثمن .

(أما) اذا قلنا : غرم جديد فلا تحصل البراءة أيضا بالطلب ، بل للبائع أن يعطيه من^(١) فان اتفق الدينان جرى التقاضى ، ولو كان قد وفاه الثمن وهو باق في يد البائع ، فهل يتعين لحق المشتري أو يجوز ابداله لأنها غرامة لحقه ؟ وجهان (أصحهما) الأول ، هكذا قال الغزالي والرافعى ، وتعليقه يقتضى أن الوجه الثانى مفرع على أن الأرض غرم مبتدأ ، أما اذا قلنا هو جزء من الثمن فيتعين جزء منه لحق المشتري ، وينتقل الى المشتري بمجرد الطلب أو الاطلاع ، فلا يسوغ للبائع ابداله ، لكنها فيما اذا كان فى الذمة — ثم يلاحظ القول بأنه غرم جديد كما تقدم — فيجب طرد هذا الوجه هناك ، كما تقدم أن يقال هنا (ان قلنا) ان الغرم جديد لم يتعين (وان قلنا) جزء من الثمن فوجهان ينبنيان على أن المقبوض عما فى الذمة هل يعطى حكم المعين فى العقد ؟ وفيه وجهان ذكرهما الرافعى بعد هذا بمسألة ، ولم يصحح منهما شيئاً .

وان قلنا : يعطى حكم المعين فى العقد لم يجز ابداله والا جاز ابداله ، وذكر الرافعى رحمه الله مسألة ما اذا كان الثمن فى الذمة وفاه ، وهو باق بحاله ، ورد المبيع عليه ، هل يتعين لأخذ المشتري ؟ فيه وجهان بعد هذا بمسألة ، وهى غير المسألة الأولى ، لأن تلك فى الأرض وهذه فى الرد ، والمأخذ غير المأخذ ، لكن تصحيحه التعيين فى الأولى فرع عن تصحيح التعيين فى الثانية ، كما نبهت عليه ، وسأذكر المسألة ان شاء الله تعالى عند رد البيع ، والثمن تالف ، فأنى هنا انما ذكرت ما يتعلق بالأرض ، وان كان الثمن معيناً وهو باق فى يد المشتري ففيه وجهان فى النهاية الأصح تعيينه ، ويجب بناؤهما على ما تقدم (ان قلنا) الأرض غرم لم يتعين ، وان قلنا : جزء من الثمن تعين أخذ الأرض منه تالفاً ، فهو كما اذا رد المبيع والثمن تالف .

(١) كذا باقتضاب من غير معمولها ، ولعل المعمول من « غير طلب » .
(المطيمى)

وسياتى أنه يقوم مقام مثله ان كان مثليا ، وقيمته ان كان متقوما
ان شاء الله تعالى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اختلفت قيمة المبيع من حال العقد الى حال القبض ،
قوم بأقل القيمتين لأنه ان كانت قيمته وقت العقد أكثر ثم نقص
كان ما نقص في يده مضمونا عليه ، وما كان نقصانه في ضمانه فلا يجوز أن
يقوم على البائع ، وان كانت قيمته وقت العقد أقل ثم زادت
في يده فانها زيادة حدثت في ملك المشتري لا حق للبائع فيها ، فلا
يجوز ادخالها في التقويم) •

(الشرح) تقدم أن القيمة تعتبر معنى لايجاب الأرض ، والاعتبار
بأنه قيمة فيه طريقان (أحدهما) وهى التى جزم بها المصنف وشيخه
أبو الطيب والماوردى والرويانى وغيرهم القطع بأن الاعتبار بأقل
القيمتين ، من قيمة يوم العقد ويوم القبض . فانه ان كان عند العقد
أكثر فالنقصان من ضمان البائع ، وان كانت عند القبض أكثر فالزيادة
حدثت في ملك المشتري •

(والطريقة الثانية) أن فى المسألة ثلاثة أقوال (أحصاها) هذا
(والثانى) ونقل عن نصه فى موضع أن الاعتبار بقيمته يوم القبض ؛
وهو الذى صححه الغزالى فى باب التخالف ، وفرق بينه وبين التخالف ،
ونقل عن الفورانى أن هذا القول من رواية عبد العزيز بن مقلص ،
ووجهه أن الثمن يومئذ قابل للمبيع •

(والثالث) نقله الرافعى عن رواية ابن مقلص أن الاعتبار بقيمة
يوم القبض وقد رأيت منصوصا فى باب الغصب من اختلاف العراقيين
معللا بأنه يوم اذ تم البيع ، فأصحاب هذه الطريقة أثبتوا هذين
القولين مع الأول الصحيح ، وممن اقتصر على ايراد هذه الطريقة الامام
الغزالى الى أن قال الرافعى: والأكثر قطعوا بالأول . وحملوا كل
نص على ما اذا كانت القيمة المذكورة أقل •

واعلم أن هذه المسألة معروغة بالاشكال لاسيما على عبارة المصنف
تعليه وأنا ان شاء الله تعالى أذكر ما قيل في ذلك من حيث المذهب :
وبيان الصحيح منه ، وأذكر ما اعترض به على المصنف وما قيل في
جوابه •

اعلم أن طائفة من الأصحاب أهملوا التعرض لوقت اعتبار القيمة ،
وبعضهم زعم أن ذلك لا فائدة فيه وأن الأرض لا يختلف بذلك ، ذكر
ذلك ابن أبي عصرون وسبقه اليه الشاشي في الحلية ، والأكثرين اعتبروا
ذلك وتكلموا فيه ، ونص الشافعي يدل لهم • ثم اختلفوا هل يعتبر
يوم العقد أو يوم القبض ، أو أقل الأمرين وهو الصحيح ، ثم اختلفت
عباراتهم عن هذا القول الثالث فالأكثرين يقولون كما قال المصنف
انه يقوم بأقل القيمتين من يوم العقد ويوم القبض • وعلى ذلك
جاءت عبارة الرافعي في الشرح ، والمحرر والنووي في الروضة وعبارة
ثانية قالها الامام في النهاية أن المعتبر ما هو أضر بالبائع في الحالين ،
ويعبر عنه بأن المعتبر كثرة النقصانين • وعبارة ثالثة قالها النووي في
المنهاج أنه يعتبر أقل قيمة من يوم العقد الى القبض •

(فأما) عبارة النووي في المنهاج ، فأؤخر الكلام عنها حتى أفرغ
من عبارة الأولين •

وأما عبارة الامام فادعى ابن الرفعة أنها راجعة لعبارة الأكثرين ،
لأن اعتبار أقل القيمتين يقتضي أن يكون الواجب مع الأرض الأكثر في
الحالين ، فإن المعنى بأقل القيمتين ، قيمة المبيع مع العيب في حالة
العقد وحالة القبض ، كما اذا كانت قيمته سليما عشرة في الحالين ،
ومعيبا يوم العقد ثمانية ، ، ويوم القبض تسعة ، فاعتبار أقل القيمتين
يوجب الخمس من الثمن ، وهو أكثر من العشر ، وهذا الذي قاله فيه نظر ،
وأول ما أقدم أن لنا قيمة منسوبة اليها ، وهي قيمة السليم ، وقيمة منسوبة
وهي قيمة العيب ، ونسبة بينهما بها يعرف قدر العيب من السليم ،
فعبرة تكون تلك النسبة بين القيمتين يوم العقد ، كهي بينهما بعد
ذلك ، وان كان حال المبيع مختلفا في اليومين ، لمهنا لا أثر للاختلاف
مع اتحاد النسبة •

مثاله : قيمة السليم يوم العقد مائة ، ويوم القبض ألف أو عشرة ،
وقيمة المعيب يوم العقد تسعون ، ويوم القبض تسعمائة أو تسعة .
فالنسبة في اليومين العشر ، ولا أثر للاختلاف بالزيادة ولا بالنقصان .
ولا فرق بين اعتبار أقل القيمتين واعتبار أكثرها ، والساقط من الثمن
على النقيدين العشر وان اختلفت النسبة ، فقد يكون ذلك لاختلاف
قيمه المبيع مع بقاء قيمه السليم على حالها ، وقد تكون بالعكس . وقد
يكون ، باحتلافهما معا .

(مثال الأول) قيمته في اليومين سليما عشرة ، ومعيبا يوم العقد
تسعة ، ويوم القبض ثمانية . فالاختلاف هنا في المنسوب ، فان
نسبنا قيمه يوم العقد كان الأرش التسع ، وان نسبنا أقل القيمتين
كان الخمس وهو أنفع للمشتري . وكلام الامام تصريح ، وإطلاق كلام
المصنف وغيره يقتضي انا نسلك هذه الطريقة التي هي أنفع للمشتري ،
فاعتبار أقل القيمتين هنا أوجب زيادة الأرش ، وإيجاب أكثر النقصانين
من الثمن لكنى سابين ان شاء الله تعالى في آخر الكلام أن المصنف
والأصحاب لم يريدوا هذا القسم ، ولا حاجة لهم اليه هنا ، لأنهم
بينوا في موضع آخر أن العيب الحادث قبل القبض من ضمان البائع .
وانقصان مع بقاء قيمة السليم لا بد أن يكون بمعيب . والزيادة لا بد
ان تكون بنقصان العيب ، ونقصانه يمنع من ضمان ما نقص منه كزواله .

(ومثال الثاني) قيمته معيبا يوم العقد ويوم القبض ثمانية وسليما
يوم العقد عشرة ويوم القبض تسعة أو بالعكس فالاختلاف هنا
في القيمة المنسوب اليها فان نسبنا الى أقل القيمتين كان الأرش التسع ،
وان نسبنا الى أكثرها كان الأرش الخمس فاعتبار الأقل هنا فيه نفع
للبائع لا للمشتري ، فليس فيه إيجاب أكثر النقصانين بل أقلهما ،
وهو التسع من الثمن وهذا القسم يظهر أنه مراد المصنف والأصحاب
على ما سأوضحه ان شاء الله تعالى .

(ومثال الثالث) قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعيبا تسعة ،
ويوم القبض سليما تسعة ومعيبا ثمانية . فاعتبار الأقل يوجب أن
الأرش التسع ، وهو أنفع للمشتري من العشر . وأكثر نقصانا من الثمن

أو تكون قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعينا تسعة ، ويوم القبض سليما اثني عشر ومعينا عشرة ، فاعتبار الأقل يقتضى أن الأرض التسع ، واعتبار الأكثر يقتضى أنه السدس ، وهو أنفع للمشتري وأكثر نقصانا من الثمن . أو تكون قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعينا خمسة ، ويوم القبض سليما ستة ومعينا أربعة فاعتبار أقل القيمتين يقتضى أن الأرض الثلث ، واعتبار أكثرهما يقتضى أن الأرض النصف ، وهو أنفع للمشتري وأكثر نقصانا من الثمن .

وإذا تأملت الذى ذكرته فى القسمين الأولين لم يخف عليك اختلاف الأمثلة وأحكامها فى هذا القسم إن شاء الله تعالى .

إذا عرفت ذلك فاقول : ان الامام عبر عن الوجه الثالث الصحيح أن المراعى ما هو الأضر بالبائع فى الحالين ، والعبارة عنه بأن المعتبر أكثر النقصانين ، ومثله بأن يكون العيب القديم يوم العقد منقصا ثلث القيمة ، ويوم القبض منقصا ربعها وهذا الكلام من الامام رحمه الله انما يستمر مع عبارة المصنف والأصحاب اذا كان غرض المسألة فيما اذا كان الخلاف من جهة العيب ، وأن المراد بأقل القيمتين أقل قيمتى العيب المنسوبة لا أقل قيمتى السليم المنسوب اليها ، وذلك فى القسم الأول يستقيم فيه أن المعتبر أقل القيمتين ، والواجب أكثر الأمرين ، ويبقى القسم الثانى والثالث مسكوتا عنهما ، هل يراعى فيهما الأضر بالبائع كما قاله فيقوم بالأكثر أم لا ؟ بل يقوم بالأقل دائما كما أطلقه الأصحاب ؟ فان ثبت أن نفع المشتري مراعى مطلقا فعبارة الامام فى قوله : أكثر النقصانين أحسن من قول الباقيين أقل القيمتين لأن النقصان نسبة ، والمراد أكثر الأمرين نقصانا من السليم ، وأقل القيمتين راجع الى القيمة فى نفسها لا الى ما تنقصه من السليم ، وأيضا فى القسم الثانى يصح كلام الامام ، ونوجب أكثر النقصانين وليس هو باعتبار أقل القيمتين .

فعبارة الامام مطردة فى الأقسام الثلاثة ، هذا ان كان الحكم مساعدا له على ذلك فى جميع الأقسام . وأكثر الأصحاب لم يذكروا الا أقل القيمتين ، ولم يبينوا ما عدا ذلك ، وكأنهم رضوا بأن القيمة عن السليم سواء ، واختلفت قيمة المعيب بحسب زيادة وصف فى ذات

المبيع أو نقصان فيه : فينسب النقص لأنه من ضمان البائع . ولا تنسب الزيادة لأنها حادثة في ذلك المشتري ، والأمر المنسوب اليه وهو قيمة السليم لم يتكلموا في حال اختلافها ويحتمل أن يكون المعتبر الأقل مطلقا فإذا اختلفتا معا اعتبرنا أقل قيمتي المعيب ونسبناها الى أقل قيمتي السليم . وحينئذ يصح اطلاق كلام المصنف والأصحاب . ولا يصح اطلاق عبارة الامام لما تقدم من المثاليين الآخرين في القسم الثالث . وكذلك في القسم الثاني أيضا ، فالموافق لاطلاق الأصحاب ذلك ، ولا يبقى المراعى ضرر البائع مطلقا ، ولا ضرر المشتري مطلقا ، ولم أر في ذلك نقلا صريحا .

الا أن في تعليقة الشيخ أبى حامد قال : فأما وقت تقويمه سليما فهو أنقص الحالين قيمة من حالة العقد أو حالة القبض تقومه في تلك الحالة ثم يقومه وبه العيب . وهذا يدل على أن المراد أقل قيمتي السليم المنسوب إليها : لا أقل قيمتي المعيب . وفي هذه الصورة وهى الثانية الذى ذكرته في ذلك المثل يكون التقويم بأقل القيمتين أنفع للبائع ، وكذلك كلام الماوردى يفهم منه ما يوافق الشيخ أبا حامد . فانه قال في مسألة الجارية تقوم في أقل الحالتين . فإذا قيل قيمتها في تلك الحال بكرة لا عيب بها مائة قومت بكرة وبها ذلك العيب فإذا قيل : تسعون كان ما بين القيمتين العشر ، فيرجع بعشر الثمن . فهذا وجه من الاشكال في هذه المسألة قد انحط بحمد الله تعالى . وتبين بحمد الله أن المراد أقل قيمتي السليم ، وليس المراد قيمتي المعيب كما ظنه ابن الرغفة وغيره . ولا يجب أن يكون المراعى هو الأضرر بالبائع مطلقا كما قاله الامام ، وهذا الذى لحظه أبو حامد هو الصحيح فان المنسوب اليه هو القيمة ، والمنسوب هو العيب الموجود قبل العقد وبعده الى القبض ما لم يطلع البائع عليه . فلا وجه لاعتبار اختلافه ، وانما المنسوب اليه هو المعتبر . وهو قد يقل وقد يكثر . وهذا الذى قاله الشيخ أبو حامد يعين معنى قول المصنف . فلا يجوز أن يقوم على البائع وأنه صحيح . وسيأتى الكلام عليه ان شاء الله تعالى . وأما ما يختص بالصفة فنذكره في ضمن فائدة .

(فائدة) قال الفارقى في كلامه على المذهب : هذه المسألة يعنى

مسألة الكتاب التي ذكرها المصنف فاسدة الوضع والأصل ، وفاسدة التعليل ، وليس لنا في الكتاب مسألة أظهر فسادا منها • أما فساد وضعها فإنه يعتبر بأقل القيمتين على ما ذكر ، وإنما يكون هذا الاعتبار صحيحا ومفيدا إذا كان الأرض اسقاط جزء من قيمة المبيع ، وليس الأمر كذلك ، وإنما نحن نسقط من الثمن جزءا بقدر نسبة فوائد ما ينقص من قيمته بالعيب ، مثلا : إذا اشترى عبدا بمائة فوجده مقطوع اليد فأننا نقومه صحيحا بمائة ومقطوعا بتسعين ، ونعلم أنه يسقط عشر الأصل فيسقط في مقابله عشر الثمن ولا فرق بين أن تكون قيمته مائة أو ألفا أو عشرة فإن أثر العيب في التنقيص واحد ، فإنه إذا كان أثر العيب في تنقيص عشرة من مائة نقص من الألف مائة ومن العشرة دينار ، فنسبة كل واحد من هذه إلى أصله بالعشر فيسقط في مقابله عشر الثمن ، وعشر الثمن ، لا يتفاوت على جميع الأحوال وإنما يتفاوت عشر القيمة ، ونحن إنما نوجب عشر الثمن ولا مبالاة باختلاف عشر القيمة وأكثرها •

بيان فساد التعليل أن حصر اعتبار القيمة من حال العقد إلى حال القبض ، فمعرضا أن النقصان في يد البائع ، وليس يريد نقصان القيمة باختلاف الرغبات وكثرة المتاع وقلته ، وإنما يريد فوائد المتاع ، كهزال الدابة وتغير الثوب أو حدوث آفة به ، فقله : كان ما نقص مضمونا عليه يعني أن العين المبيعة مضمونة على البائع (وقوله) وكان نقصانها من ضمانه ، يعني الجزء الفائت من الثمن ، أو فوات جزء يكون من ضمان البائع ، كما أن جملة المبيع من ضمانه •

(وقوله) فلا يجوز أن يقسم على البائع كلام يتناقض في نفسه ، لأنه إذا كان الناقص ونقصانه مضمونا عليه ، وجب أن يكون مقوما أما أن لا يقوم عليه لأنه مضمون عليه ، فهذا كلام يتناقض لا فائدة فيه قال : وإن كانت قيمته يوم العقد أقل إلى آخره ، وهذا أيضا ظاهر الفساد والتناقض ، لأنه إذا كانت هذه الزيادة حق المشتري لا حق للبائع فيها فيجب تقويمها عليه حتى نوجب عليه قدر ما نقص من فواتها مضموما إلى قدر الأرض ، فثبت بذلك بيان فساد التعليل والوضع جميعا ، هذا كلام الفارقي رحمه الله •

وزاد ابن معن في حكاية عنه أن معرفة فساد التعليل يحتاج الى معرفة أمرين (الأول) أن الضمير في قوله : لأنه ان كانت قيمته أكثر ثم نقص كان ما نقص مضمونا عليه ، فكان نقصانها من ضمانه ، فلا يجوز أن يقوم على البائع ، أما أن يكون عائدا الى البائع أو المشتري ، لا جائز أن يعود الى المشتري ، لأنه حصر اعتبار القيمة من يوم العقد الى يوم القبض ، ولا يتصور أن يكون في يد المشتري الا بعد القبض ، ولو نزلنا جدلا أن الضمير يعود الى المشتري بطل قوله : من حين العقد الى حين القبض ، فتمعن أن يكون المراد بقوله مضمونا عليه فكان النقصان من ضمان البائع لا غير ، هذا الأمر الأول .

(الأمر الثاني) أن المراد بالنقصان تغير أحوال المبيع كحدوث آفة في الثوب أو الدابة لا بغيره ، لاختلاف القيمة باعتبار نقصان الرغبات وكثرتها وانخفاض الأسواق وارتفاعها ، وحينئذ قوله : فكان نقصانها من ضمانه فلا يجوز أن تقوم على البائع ، ظاهر التناقض لأنه نقصان جزء كما بيناه من الأمر الثاني ، وكما أن جملة المبيع من ضمان البائع كذلك جزؤه ، ولا يمكن أن يعود الضمير الى المشتري لما بيناه في الأمر الأول ، هذا كلام ابن معن حاكيا عن الفارقي .

ولأجل كلام الفارقي هذا قال ابن أبي عسرون : انه لا غائدة في اعتبار أقل القيمتين ، قال في الانتصار : ونص الشيخ أبو اسحاق في المذهب على أنه يقوم بأقل القيمتين ، وكذلك في الحاوي وذكره القاضي أبو الطيب في بعض كتبه ، ثم خط عليه وقد أوضحت وجه فساد وبفساده قول الشاشي الأخير ، ثم اختار أن تعتبر قيمته حال العقد لأنه موجب للضمان والقبض مقدر له كما في الحكومة في الجناية قال ابن أبي عسرون : وهذا — يعني كلام الشاشي — رجوع عما اعترف بصحته ورده على غيره ، ثم لا وجه لما اختاره .

(وقوله) ان العقد هو الموجب للضمان مسلم لكن بماذا ؟ بالثمن أو بالقيمة فلا غائدة في النظر الى قدرها وانما جعلت معيار المعرفة المستحق للرجوع به من الثمن فلا تختص بقيمته حالة العقد .

وأما الجناية على الجزء فأنما اعتبرت حالة الجناية لأنها حالة كمال المجنى عليه واعتبرت بعد الجناية لأنها حالة النقصان ، ليعلم ما نقص من قيمته ولو كان عبدا ثم قال الشائى معترضا : لو كانت قيمته حال العقد تسعين ، والعيب ينقصه خمسة والخمسة من المائة نصف عشر ، ومن التسعين أكثر لم تستمر النسبة فى المرجوع به ، ثم أجاب فقال : هذا التصوير تحكم ، لأن العيب الواحد ينقص من الكثير القيمة بالنسبة الى ما ينقصه من قليل القيمة لاسيما والعين على صفة واحدة ، وأنما التفاوت من جهة السوق •

قال ابن أبى الدم : وأنا أقول فى القلب من هذه المسألة ، وبما قاله هذان الشيخان يعنى الفارقى وابن أبى عسرون حسيكة عظيمة ، وأنا أفرغ الجهد فيما ذكر عندى فيها نقلا وبحثا إن شاء الله تعالى • ثم ذكر ابن أبى الدم بعد ذلك كلام الماوردى والامام والغزالى وحكايتهما مع المراززة الأقوال الثلاثة ، قال : فاختار الشيخ أبو اسحاق قولاً منها ، وترجيحه لها لا يكون فاسدا ولا غلطا كما ذكره الفارقى ، بل ما ذكره الفارقى من الايراد والاشكال غلط ، فإن التقويم ما كان لايجاب عين القيمة ، بل لمعرفة نسبة ما يرجع به من الثمن ، فالقيمة معيار وإذا كان كذلك فقد ظهر صحتها وأعادتها •

(وقوله) ان أثر العيب فى التنقيص واحد خطأ ، لأنه اذا كان الثمن مائة فوجده مقطوع اليد يقوم سليما ، فكانت قيمته يوم العقد ويوم القبض تسعين فإن اعتبرنا يوم العقد علم أنه نقص منه خمس قيمته فيرجع بخمس الثمن ، وان اعتبرنا قيمة يوم القبض علم أنه نقص عشر قيمته فيرجع بعشر الثمن ، فحصل التفاوت الظاهر ، وهذا واضح لا اشكال فيه وإنما فهم الفارقى أنه جعل قيمته معينا تسعين وقيمته بالعوض مائة ، قال : فنعلم أن الناقص عشر القيمة ، فيرجع بعشر الثمن ، وتوهم أن ذلك لازم لا يتغير ، ولا شك أنه يمكن أن تكون قيمته معينا يوم العقد أكثر ، ويمكن أن تكون قيمته معينا يوم القبض أقل . وإذا فرض تفاوت القيمة بالنسبة الى الزمانين وجب اعتبار أحدهما لاختلافها ، وقول الفارقى فى مساد التعليل غفيا ذكر من كلام الشيخ غنية عنه •

وعلى الجملة فهذا القول الذى صار اليه الشيخ أبو اسحاق ليس قولاً له اخترعه وانما هو قول مقول عن أئمة المذهب ، غلا يليق بالتأخر اظهار شناعة على من اختاره ، وذكره فى تصنيفه فانه غاسد ليس فى كتابه شيء أظهر فساداً منه ، وانما اللائق به ان كان تكلم على دليله وأورد عليه بما يتوجه عليه من اشكال أو مباحثة أما الحكم عليه بأنه أفسد شيء فى كتابه فخطأ محض منه وسوء أدب ، وممن اختار ما اختاره الشيخ أبو اسحاق : القاضى أبو الطيب والبغوى •

(قلت) وما قاله ابن أبى الدم من وجوب حفظ الأدب صحيح ، وما قاله المصنف هو بلفظه وحروفه فى تعليق القاضى أبى الطيب غلا اختصاص للمصنف به ، وقد علمت أن الشافعى رحمه الله نص فى اختلاف العراقيين على اعتبار يوم القبض ، قال : بقيمتها يوم قبضها المشترى من البائع ، فلو لم يكن لاختلاف القيمة أثر لما قيد الشافعى بيوم القبض ، فيجب النظر فى اختلاف القيمة وبيان كونه مؤثراً فى اختلاف الأرض ، وما فرضه ابن أبى الدم لعله من اختلاف قيمة المعيب مع تساوى قيمة السليم يوم العقد ويوم القبض والعيب واحد ، كما مثل به من قطع اليد بعبد ، لأنه متى كانت قيمة السليم يوم القبض سواء والعيب واحد والمبيع واحد ، فكيف تختلف قيمة العيب ؟ لكن قد قدمت أمثلة تغنى عن ذلك من جملتها أن تتحد قيمة السليم ، وتختلف قيمة المعيب لزيادة العين أو نقصانها ، واستبعاد الشاشى له •

وقوله : ان العيب ينقص من كثير القيمة بالنسبة الى ما ينقص من ثلثها ، فالكلام عليه من وجهين (أحدهما) أن الشاشى قصر الكلام على اختلاف قيمة السليم المنسوب اليها واتحاد العيب المنسوب وذلك هو القسم الثانى الذى قدمته وقلت : ان كلام المصنف والأصحاب لم يشمل ، أو أن الأولى فيه عبارة الامام •

أما اذا فرضنا الكلام فى القسم الأول ، وهو أن قيمة السليم سواء ونقصت القيمة بحدوث عيب قبل القبض ، أو زادت بحدوث صفة ، فان النسبة تختلف قطعاً ، وهذا هو المراد بما قرره الفارقى فى كلامه ، فغير ذلك التقرير جوابه عن الأصحاب ، وان كان فى صورة الاعتراض ،

وذلك هو جواب عن المصنف الا في قوله : فلا يجوز أن يقوم على البائع ، فإنه مشكل ، وسنزيد الكلام عليه •

(الوجه الثانى) من الكلام على الثائى أن الأصحاب وان سكتوا عن قيمة السليم المنسوب اليها فلا بد من اعتبارها ، فان قيمة المعيب زادت أو نقصت منسوبة اليها ، فالضرورة تحتاج أن يكون ذلك الشيء المنسوب اليه معلوما ، فان اتحد بذلك ، وان اختلف فهذا مما قدمت أن الأصحاب سكتوا عنه الا الشيخ أبى حامد ، وبحث فيه هناك ، فاذا ثبت اعتبارها وأنها قد تختلف ، فاختلفها مع تعارض السلامة من غير زيادة انما يكون بحيث الأسعار^(١) والرغبات ، وعند ذلك قد ينقص العيب من قليل القيمة نسبة لا ينقصها من كثيرها ، وذلك اذا غلا السعر وضاق ذلك الصنف فان الرغبة تشتد فيه ، ويغفرون ما به من عيب ، ولا يصير الناس يبالون بعيبه ، كما يبالون به في حال الرغاهية •

وبعكس ذلك اذا رخصت الأسعار واتسع الصنف وبخست قيمته ، بحيث يصل الى السليم منه كل أحد ضدت أكثر الناس عن المعيب لقدرتهم على ما هو خير منه ، وانحطت قيمته عن قيمة السليم بنسبة أكثر مما كانت قبل ذلك ، هذا هو العرف بين الناس ، وان كان ذلك غير منقول ، ثم ان المسائل التى تفرض في الفقه ، والفروض المقدرة لا يلزم أن تكون واقعة غالبا ، بل ولا نادرا ، بل المقصود أنها ان وجدت كان هذا حكمها •

فان قال قائل : هذا انما جاء في اختلاف الأسواق ، وفرض المسألة فيما اذا كان الاختلاف من جهة حدوث وصف في المبيع •

(فالجواب) أن الاختلاف في قيمة المعيب سببه حدوث الوصف بزيادة أو نقصان (وأما) الاختلاف في قيمة السليم المنسوب اليها فليس له سبب الا اختلاف السوق ، ولا بد من اعتبارها •

(١) وهو ما يطلق عليه الاقتصاديون المعاصرون : « العرض والطلب » .
(المطيع)

وأما قول المصنف : ولا يجوز أن يقوم على البائع غفياً غاية الاشكال وإيراد الفارقي عليه قوى ، وهو كذلك في تعليقه القاضي أبي الطيب وليس بمناسب فيما يظهر ، لأننا إذا أدخلنا الذي نقص في التقويم قبل الأرش وتضرر المشتري وانتفع البائع ، فلو قال المشتري لناسبه^(١) من هذا الوجه وكان يفسد من وجه آخر لعدم مناسبته لبقية تعليله بأنه مضمون على البائع لكن الجواب عن هذا أن هذا الاشكال إنما هو بناء على أن الكلام في العيوب المنسوبة ، وقد تبين فيما تقدم عن كلام الشيخ أبي حامد أن المراد قيمة السليم المنسوب إليها ، وعلى ذلك يصح أن يقال : فلا يجوز أن يقوم على البائع ، لأننا إذا نسبنا إليه وأدخلنا في التقويم كثر الأرش عليه ، وإن تعلقوا بكلام الامام تعلقنا بكلام الشيخ أبي حامد وهو أصح لما تقدم .

(فإن قلت) ذلك لا يلائم قوله : كان ما نقص في يده مضموناً عليه ، وكان نقصانها من ضمانه (قلت) سيأتي تأويله عن صاحب البيان وقول الفارقي : أنا نوجب على البائع قدر ما نقص بفواتها مضموماً الى الأرش إنما يصح تخيله على بطلانه ، لو زال بعد حدوثه قبل القبض . وقد رأيت صاحب الوافي نقل هذا الجواب الذي قلته عن شيخه ، ثم اعترض بأن المسألة تفرض فيما إذا زادت بين العقد والقبض ثم ذهبت الزيادة .

قال : فالجواب صحيح أن تلك المسألة لم تدخل في ضمان البائع . وما ذكره من فرض المسألة قد يمنع منه الحكم إذا فرضها كذلك . وقد اعتذر صاحب البيان عن المصنف في التعليل فقال : هذا مشكل . لكن أراد أن النقصان مضمون على البائع ، وقد سقط ضمانه برضا المشتري بقبض المبيع ناقصاً ، فلو فرضناه وقت العقد أدى الى إيجاب ضمان النقصان على البائع ، وقد سقط عنه ، إلا أن الشيخ عنى البائع في أول كلامه ثم ذكره ظاهراً .

(قلت) : معناه أن المشتري قبضه ناقص القيمة باعتبار السلامة .

(المطيعي)

(١) كذا بالأصل ولعله : « يناسبه » .

غذلك القدر الزائد منها قد رضى باسقاطه فلا ينسب العيب الا الى الثانى ، وهو الأقل ، وفى ذلك نفع للبائع ، وهذا اعتذار عجيب فان فيه محاغلة على تصحيح قول المصنف فلا يجوز أن يقوم على البائع ، لكن ذلك قد يقتضى عكس الحكم ، فان قيمة السليم اذا كانت مائة يوم العقد ويوم القبض ، وكانت قيمة المعيب يوم العقد تسعين ويوم القبض ثمانين ، فعلى ما قاله صاحب البيان : ينبغي بأن يقوم بأكثر قيمتى المعيب تسعون ، لأن العيب الزائد المنقص للعشرة الثانية لم يحسب على البائع ، فيكون الأرض العشر .

(والظاهر) من كلامهم أن الأرض فى هذه الصور الخمس ، لأن الثمانين أقل القيمتين ثم ان ذلك يقتضى الفرق بين أن يعلم بذلك أو يجهل ، فانه قد يحصل عيب قبل القبض منقص للقيمة ويقبضه المشتري من غير علم بذلك العيب ، ثم يحدث ما يمنع من الرد فله الأرض عن العيبين جميعا ، الذى كان قبل العقد والذى حدث قبل القبض .

وقال صاحب الوافى : معنى قوله كان مضمونا عليه ، أى يذهب من ضمان البائع وهو ناقص عليه فى حكم ما لم يبيعه من أمواله اذا لم يبيعه ليس مضمونا عليه للمشتري ، واذا كان كذلك لم يجز أن يقوم عليه للمشتري .

ورأيت فى تعلية أبى اسحاق العراقى على المذهب : ولا يجوز أن يقوم على المشتري ، وهذا اما أن يكون غلطا فى النسخة ، واما أن يكون أحد ظن أن البائع غلط فأصلحه على ظنه ، وكل النسخ فيها البائع ، والفارقى أعرف بما فى المذهب وقد ظهر الجواب عن ذلك بحمد الله تعالى واندفاع الاشكال عنه ، وكذلك رأيت فى الاستقصاء كان ما نقص من القيمة غير مضمون عليه ، أى لأنه ليس بجزء ، وأظن ذلك كله اصلاحا لما أشكل عليهم . وتعليل الماوردى قريب من تعليل المصنف . كذلك أكثر من تكلم فى المسألة من الأصحاب ، ولم يختص المصنف من الاشكال الا بقوله : فلا يجوز أن يقوم على البائع ، وكذلك شيخه القاضى أبو الطيب الاشكال فى هذه اللفظة وأرد عليها .

(فرع) وهذا الذى قلته وحملت كلام المصنف عليه ، من أن المراد أن اختلفت القيمة المنسوب اليها هو الصحيح المتعين • أما اذا اتحدت واختلفت قيمة العيب كما فى القسم الأول كانت قيمته معينا تسعة عند العقد ، ثم نقص فنقصانه مع بقاء قيمة السليم انما تكون لعيب آخر ، فذلك العيب الآخر ان اطلع عليه المشتري ورضى به صار وجوده كعدمه ، وينسب الذى كان حالة العقد فقط ، وان لم يرض به كان الكل الى القبض مضمونا على البائع ينسب من القيمة وان زادت قيمة المعيب مع بقاء قيمة السليم فذلك ، ان كان نقصان العيب فمقد برئ البائع بما نقص ، لأنه لو زال كله قبل القبض لم يثبت به الرد ولا الأرش فذلك نقصانه ، فلا يصح اعتبار أقل القيمتين هنا ، وان الحصول وصف زائد فى المبيع جبر النقصان الحاصل بالعيب ، فيقتضى ذلك زيادة قيمته سليما ، وقد فرضنا أن قيمته سليما باقية بحالها •

(فرع) عبارة الراعى والجمهور أقل القيمتين من يوم العقد ويوم القبض وكذلك فى المحرر ، وقد تقدم الكلام عليها وعلى عبارة الامام ، وقال النووى فى المنهاج : أقل قيمة من يوم العقد الى يوم القبض ، وذلك يقتضى أنه اذا نقصت القيمة فيما بين العقد والقبض أن تعتبر تلك القيمة الناقصة المتوسطة ، وان كانت القيمة يوم العقد ويوم القبض سواء • لأن المتوسطة حينئذ أقل ، وكذلك اذا كانت فى أحد اليومين أقل من الآخر • وفيما بين ذلك أقل منهما أن يقوم بالمتوسطة التى هى أقل وعبارة الجمهور لا تقتضى ذلك • وتقتضى أن يقوم باحدى القيمتين فى يوم العقد أو يوم القبض ، ان كانتا متساويتين فباحداهما وان اختلفتا فبالأقل منهما ، وهذه عكس الصورة التى فرض الكلام فيها فيما تقدم عن صاحب الوافى • على أنه فى الروضة تابع للراعى فى عبارته ، ونبه فى دقائق المنهاج على ذلك وأنه غيرها لهذا المعنى ، والذى يظهر عبارة الجمهور ، لأن العيب المنقص اذا وجد وزال قبل القبض لا يثبت به خيار فلا اعتبار به ، وفيه نظر فليتأمل • وقال فى التهذيب : أقل القيمتين من يوم العقد الى يوم القبض ، فان كانت النسخة صحيحة ففيه موافقة للمنهاج من بعض الوجوه • لكن قوله أقل القيمتين يوافق الجمهور •

(فرع) هذا الذى تقدم فى معرفة الأرض عن العيب القديم ، وكلام المصنف مفروض فى ذلك ، فإنه قال فى أول الفصل : إذا أراد ، يعنى المشتري الرجوع بالأرض • أما الأرض المسأخوذ من المشتري عن العيب الحادث ، قال ابن الرفعة فالمتقول أنه يقوم وبه العيب القديم ، ثم يقوم وبه العيب الحادث والقديم ويجب ما بينهما ، فإذا كانت قيمته بالقديم عشرة وبه مع الحادث تسعة غرم درهما ، ولا تجعل القيمة فى هذا الحال معيارا (قلت) وسيأتى هذا فى كلام المصنف فيما لا يوقف على عيبه إلا بكسره •

(فرع) قال ابن عسرون : المتأخر فى مجموع له يتعرض فى بعضه لألفاظ المذهب قال (قوله) وان اختلفت قيمة المبيع قال : فيقال مثلا قيمته يوم العقد بلا عيب ثلاثون ، وبالعيب عشرون ، فينقص عشرة • ويقال قيمته يوم القبض بلا عيب خمسة وعشرون وبالعيب عشرون ، فيرجع بأقل القيمتين وهو خمسة وكذلك لو قلت قيمته يوم العقد وزادت يوم القبض كما اذا قلنا سائل يعنى أن ذلك فى السائل • وأيضا فقلوه : يرجع بخمسة ، يجب تأويله على أن المراد نسبتها من الثمن •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان المبيع ائنا من فضة وزنه ألف وقيمه الفان فكسره ، ثم علم به عيبا لم يجز له الرجوع بأرض العيب ، لأن ذلك رجوع بجزء من الثمن ، فيصير الألف بدون الألف ، وذلك لا يجوز • فيفسخ البيع ويسترجع الثمن ثم يفرم أرض الكسر • وحكى أبو القاسم الداركي وجهها آخر أنه يرجع بالأرض لأن ما ظهر من الفضل فى الرجوع بالأرض لا اعتبار به • والدليل عليه أنه يجوز الرجوع بالأرض فى غير هذا ، ولا يقال ان هذا لا يجوز • لأنه يصير الثمن مجهولا) •

(الشرح) هذا الفرع منسوب لابن سريج ، وفيه أوجه (أصحها) وهو قول الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والمحاملى وهو الذى

صدر به المصنف كلامه أنه يفسخ المبيع ويرد الاناء ، ويعرم أرش النقص الحادث ، ولا يلزم الربا لأن المقابلة بين الاناء والثن - وهما متماثلان - والعيب الحادث مضمون عليه ، كعيب المأخوذ على جهة السوم ، فغنيه غرامته وغرامة الأرش عن الحادث هنا ليس كغرامته في سائر الصور ، كما سننبه عليه . واستدلوا على تعذر أخذ الأرش بأن الثمن ينقص كما ذكره المصنف ، وعلى تعذر رده مع أرش العيب الحادث بأن المردود يزيد على الثمن ، وكلا الأمرين ربا ولا يستشكل هذا التقرير مع الحكم بأن المشتري يغرم الأرش حتى يقف على آخر الكلام في التنبيه السادس .

(والوجه الثاني) ولم يذكره المصنف . وهو قول ابن سريج أنه يفسخ العقد لتعذر امضائه مع أخذ الأرش كما تقدم وبدونه لما فيه من ضرر المشتري ، ولا يرد الحل على البائع لتعذر رده مع الأرش ودونه فجعل كالتالف ، فيغرم المشتري قيمته من غير جنسه معيبا بالعيب القديم سليما عن الحادث ، واختار الغزالي هذا الوجه وأيراد صاحب البحر يقتضى ترجيحه ، وضعفه الامام وغيره . وقال الامام : انه أبعد الوجوه .

ونقل المحاملى عن ابن سريج تشبيهه بالمأخوذ على جهة السوم ، ثم رد عليه بأن المستام بمنزلة المغصوب اذا نقص يلزم أرش نقصانه لا قيمة جميعه .

(والثالث) الذى حكاه المصنف ثانيا ، وهو قول صاحب التقريب والداركى واختاره القاضى حسين والامام وغيره . أنه يرجع بأرش العيب القديم كسائر الصور ، والمماثلة فى الربوى انما تشترط فى ابتداء العقد ، والأرش حق وجب بعد ذلك . لا يقدر فى العقد السابق . قال الراغى رحمه الله :

واعلم أن الوجه الأول والثانى متفقان على أنه لا يرجع بأرش العيب القديم وأنه يفسخ العقد . وانما اختلافهما فى أنه يرد مع أرش النقص أو يسك ويرد قيمته ، وأما صاحب الوجه الثالث فقياسه تجويز الرد مع الأرش أيضا كما فى سائر الأموال .

(قلت) وسيأتي بيان من هو الفاسخ عند ابن سريج . وبه يتبين أنهما لم يتفقا إلا على أصل الفسخ . ويأتي أيضا أن ما قاله الرافعي لم يصر إليه أحد . وعلى هذا الوجه إذا أخذ الأرش فقد قيل : يجب أن يكون من غير جنس العرض كيلا يلزم ربا الفضل ، والأصح وهو الذي رجحه القاضي حسين والبعوى والرافعي أنه يجوز أن يكون من جنسهما : لأن الجنس لو امتنع أخذه لامتنع أخذ غير الجنس ، لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيء آخر . وذلك من صور (مد عوجة) وأيضا لأن الأرش جزء من الثمن ، وقد غلط أبو اسحاق العراقي ، فجعل قول صاحب التقريب وجها رابعا ، وحكاه مع وجه الداركي بعبارتين متقاربتين ، ولم يتنبه لاتحادهما . ثم تنبه لأمر :

(أحدهما) أن المصنف فرض المسألة في الاناء ، وكذلك القاضي أبو الطيب فرضها في إبريق وزنه مائة درهم ، وكذلك الشيخ أبو حامد في التعليقة التي كتبها سليم عنه نقلها عن ابن سريج فيما إذا اشترى إبريقا فضة وزنه مائة درهم ، وقيمه مائة وعشرون بإبريق من فضة وزنه مائة وقيمه مائة وعشرون . وفرضها الشيخ أبو حامد في التعليقة التي أخذها البندنجي في مصوغ ، وكذلك الامام والغزالي فيما إذا اشترى حليا وزنه ألف بألف وفرضها في الحلى حسن لا اعتراض عليه .

وأما فرض المصنف ومن وافقه في الاناء — فإن قلنا بجواز اتخاذ أوانى الفضة — فصحيح أيضا وأما إذا قلنا بتحريم اتخاذها — وهو الأصح — فإن الصنعة فيها غير محترمة ، فلا يكون الكسر عيبا فيها ، فلا يمنع الرد والأرش ، كما لو لم يحدث شيء ، فلعل ابن سريج فرع هذا على جواز اتخاذ ، وأيضا فذكر الكسر على سبيل المثال ، والمقصود حدوث عيب في يد المشتري .

(الثانى) أن المصنف لم يذكر تمام صورة المسألة ، وهو أن يكون الثمن من جنس الاناء كما فعل ابن سريج والامام : بل سكت عن الثمن بالكلية . وكذلك القاضي أبو الطيب وكأنهما اكتفيا بشهرة المسألة والعلم بصورتها . والمراد إذا اشترى بوزنه من جنسه كذلك فرضها ابن الصباغ والامام وغيرهما ، والا فلو كان الثمن من غير النقود ،

أو من النقود من غير الجنس لم تأت المسألة ، لأنه لا يبقى محظور في المفاضلة ، فالمشترى يرجع بأرشف العيب القديم ، ومن صرح به ابن الصباغ والقاضى حسين ، وحكى أبو اسحاق العراقى فيه وجهين وأظنهما في الذخائر ، وكأنهما مأخوذان مما سنذكره عن الحاوى في التنبيه الثالث عشر وعلى كل حال فالأصح الجواز .

قال القاضى حسين : فان كان نقد البلد ذهباً والحلى المبيع من الفضة قوم الحلى بنقد البلد ، ثم يسترد الأرشف من الثمن ، ان كان عرضاً فمن العرض ، أو ذهباً فمن الذهب ، فان كان نقد البلد فضة والحلى من الفضة ، قال القاضى حسين : يحتمل وجهين (أحدهما) يقوم نقد البلد ، فان كان الحلى من نقرة خشنة والدراهم المطبوعة تريد عليه قوم بنقد آخر وهو الذهب ، كيلا يؤدي الى الربا ، هكذا رأيت في النسخة وكأنه سقط منها شيء .

(الثالث) في التنبيه على أمور واضحة ذكر القصة على سبيل المثال الربوى والذهب كذلك ، ولكن اثناء الذهب حرام عند المصنف ، ولا يجرى فيه الخلاف فلذلك لم يقع التمثيل به ، وجعله قيمة العين مثالا لزيادتها على وزنه حتى يكون الكسر منقصا لها ، فيكون عيباً ، أما لو كانت القيمة مساوية للوزن ان أمكن فرض ذلك ، لم يكن الكسر منقصاً ، لأن القيمة لا تعتبر حينئذ ، والكسر مثال لحدوث عيب ، فلو انكسر بنفسه كان الحكم كذلك (١) .

(الرابع) أن تعليل المصنف امتناع الرجوع بالأرشف الذى اتفق عليه ابن سريج وأبو حامد والأكثر بأن ذلك رجوع بجزء من الثمن موافق كما تقدم من المصنف وأكثر الأصحاب أن الأرشف جزء من الثمن ، وقد تقدم عن الغزالي تردد في أنه غرامة جديدة ، ولذلك قال الغزالي هنا كما حكى قول ابن سريج وقول صاحب التقريب ، قال : فحصلنا على احتمالين في حقيقة كل واحد من الأرشفين أنه غرم مبتدأ أو في مقابلة المحقود عليه ، ويعنى بالأرشفين أرشف القديم وأرشف الحادث يعنى أن علة قول ابن سريج يكون الأرشف عن القديم جزءاً من الثمن

لما تقدم ، والأرثس عن الحادث كذلك ، لأن ابن سريج يجعله في مقابلة ما فات من المبيع ، وأن الفسخ في غير الربوي يرد عليه إذا ضم مع المبيع ، كما يرد على المبيع وقول صاحب التقريب يقتضى أنه غرم مبتدأ .

فظهر لك بما قاله الغزالي أن مأخذ الوجهين الأولين أن الأرثس جزء من الثمن ، ومأخذ الثالث أنه غرم مبتدأ ، لكن الامام قد اختار قول صاحب التقريب هنا ، وقد تقدم عنه قول بأن الأرثس جزء من الثمن ، فطريق الجميع بأن القائل بأنه غرم مبتدأ لم يقل به من كل وجه ، بل من بعض الوجوه كما تقدم من كلام الامام في أنه انتقاص جديد ، وقد نبهت على ذلك فيما تقدم ، وكذلك علل الامام في هذه المسألة قول صاحب التقريب بالضرورة ، ولو كان الأرثس غرما مبتدأ لم يحتج الى ذلك .

وقال الامام أيضا : ان كل مسلك من المسالك يعنى الأوجه الثلاثة ، لا يخلو عن حيد عن قانون في القياس ، جار في حال الاختيار ، ولم يصير أحد الى التخيير بين جميع هذه المسالك من حيث اشتمل كل واحد على ميل عن أصل والضرورة تحوج الى واحد منهما ، لهذا الكلام من الامام يدل على أن الأرثس ليس غرما مبتدأ من كل وجه ، اذ لو كان كذلك لكان غير خارج عن القانون . وفي كلامه ، وفيما تقدم عنه ، وفي النظر ما يدل على ذلك أيضا . ولذلك قال في توجيه كلام صاحب التقريب ان غرامة الأرثس في هذا المضيق تقدر كأرثس مبتدأ ، مرتب على جنابة على ملكه .

(الخامس) أن الفاسخ للبيع هو الحاكم . صرح به الشيخ أبو حامد وصاحب العدة وغيرهما . ويحتمل أن يقال على قول ابن سريج : ان للمشتري أن يفسخ أيضا كما يقول في التخالف : ان لكل منهما أيضا أن يفسخ على الأصح (ان قلنا) بذلك كما سترعنه في بابيه فإنه عندنا فيه وقفة .

(وأما) على قول الأكثرين هيىعد الحاقه بالتخالف ، وانما هو

رد بالعيب ، لا مدخل للحاكم فيه ، غير أنه امتنع دخول الأرض فيه ، وجعل غرامة مبتدأة ، وبهذا تبين لك أن الوجهين لم يتفقا على كيفية الفسخ ، كما وعدت به من قبل •

(السادس) قول المصنف لم يغرمه أرش الكسر يريد به أن تغريم أرش الكسر متأخر عن الفسخ ، والفسخ يرد على الاناء خاصة ، وليس كسائر الأموال حيث يرد الأرض عن الحادث مع المبيع ، إذا ورد الرد عليها في هذه الصورة أدى الى الربا ، وليس المراد باسترجاع الثمن قبضه بل رجوعه الى ملك المشتري ، وليس في الأوجه من يقول بجواز رد الأرض مع المبيع ، الا ما قال الرافعي أنه قياس الوجه الثالث • فلذلك أتى المصنف بصيغة « ثم » المقتضية للترتيب • وعبارة الرافعي أنه يرده مع أرش النقصان • ويجب تأويلها على المعية في الوجوب لا في انسحاب حكم الرد عليها على أن الامام ذكر هنا كلاما بليغا في تحقيق رد الأرض مع العيب بالعيب الحادث • وأن ليس على تقرير ورود الفسخ عليهما أعنى في جميع الصور ، وقد قدمت ذلك عنه عند الكلام في أخذ الأرض عن العيب الحادث في الفصل الذي قبل هذا •

(السابع) أن كلام المصنف يقتضى أن الوجه الأخير حكاه الداركي ، وليس من قوله وكذلك حكاه الشاشي ، وكلام الرافعي يقتضى أنه عنه •

(الثامن) من قول المصنف في تعليل قول الداركي لأن ما ظهر من الفضل في الرجوع بالأرض لا اعتبار به • يفهم أن ذلك ليس مأخوذاً من أن الأرض غرم مبتدأ ، بل هو جزء من الثمن بطريق الظهور ، ولكن لا يعتبر لما نذكره من الدليل • فقلوه : ظهر ينفي كونه غرماً مبتدأ ثم بعد ذلك اما أن يكون ذلك بطريق الشين أو بطريق انشاء نقص جديد • فيه ما تقدم من البحث الأقرب عبارة المصنف الأول والموافق لكلام الامام الثاني •

(التاسع) الدليل الذي ذكره على عدم اعتبار ذلك أنه يجوز الرجوع بالأرض في غير هذا الموضع بالاتفاق • ولم يقل أحد بأنه

لا يجوز ، لأنه يصير الثمن مجهولا أى لأننا ظهر لنا أن الثمن الذى قابل المبيع ما بقى بعد الارش ، وذلك لم يكن معلوما حالة العقد ، وجهالة الثمن موجبة لبطلان البيع ، غلو كان ما ظهر معتبرا لم يجز الرجوع بالأرش فى غير هذا الموضع ، لافضائه الى جهالة الثمن . وبطلان العقد من أصله ، لكن الرجوع بالأرش فى غير هذا الموضع جائز اتفاقا فلا يكون لما ظهر حكم ، وهذا بينه وبين ما ذكره الامام فى توجيه هذا القول لما حكاه عن صاحب التقريب بعض المخالفة ، فانه قال : انه فى هذا المضيق كأرش مبتدأ مرتب على جنائية فاذن هذا القول واحد ، ومأخذه مختلف .

المصنف يشير الى أن المقابلة تغيرت ، لكن ليس لظهور تغييرها حكم ويتردد ذلك فى هذه المسألة وفى غيرها ، والامام يقول فى هذه المسألة : الضرورة تجعله كغرم مبتدأ ، ولا يخفى أن فى كل من الكلامين حيدا عن القانون كما قاله الامام ، فان المصنف يحتاج الى الاعتذار عن تخلف الحكم عما ظهر ، وليت شعري هل الرجوع بالأرش مجمع عليه ؟ أو غيه نص أو لا ؟ فانه ان كان غيه نص أو اجماع كان عذرا فى أن يجعل أن ما ظهر لا حكم له ، أو يجعله كغرم مبتدأ اتباعا ، وان لم يكن غيه اجماع ولا نص فاما المخلص عن هذه الاشكالات ؟ وما الموجب لارتكابها ؟

(العاشر) لا جواب ، وما استدلل به الداركي أنه انما يلزم جهالة الثمن اذا كان ذلك بطريق العين ، أما اذا قلنا : ان المقابلة تغيرت بانتقاص جديد غلا . وهذا الذى يقول به بدليل حل الجارية وغير ذلك مما تقدم . واذا كان بطريق النقص صار له حكم فى المقابلة صارت الألف مقابلة بدون الألف الآن لا غيما مضى فامتنع الرجوع بالأرش كذلك .

قال الفارقى فى الجهالة : يفرق فيها بين الجهالة الحاصلة بفعل العاقل ابتداء والحاصل بغير فعله . ولهذا لو أسلم الى أجل مجهول بطل ولو مات المسلم اليه فى أثناء الأجل حل وصار الأجل بموته مجهولا وهو صحيح .

(الحادى عشر) أنه على الأصح الذى قاله المصنف أنه يرد ثم يغرم أرش النقص الذى حدث عنده وشبهوه بالمستام ، وغيه نظر .

لأن الرد يرفع العقد من حينه على الصحيح • فالعيب حدث على ملك المشتري فكيف يغرمه إذا لم يقدر ورود الرد عليه وليس كالمستام فإن المستام ليس مملوكا له ، وأشار الامام الى أن ذلك على سبيل التقدير ، ونظره بقول منصوص للشافعي : إذا فسخ النكاح بعد الدخول أن الزوج يسترد المسمى ، ويرد اليها البضع ثم يغرم الزوج لها مهر المثل •

(الثاني عشر) مأخذ فسخ البيع على ما قال الشيخ أبو حامد من قول الشافعي في الرجل يشتري ثمرة قبل بدو الصلاح بشربط القطع ، ثم لم يقطع حتى بدا الصلاح ثم أراد القطع ففسخنا البيع هنا لما يؤدي ذلك اليه من الاضرار بصاحبه أو بالمساكين ، هكذا رأيت في تعليقه ولم أفهمه ، وإنما يفسخ البيع فيما إذا حدثت ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز على أحد القولين • ثم في مسألة اختلاط الثمار على أحد القولين • وهو الصحيح عند طائفة أن البيع يفسخ بنفسه من غير فاسخ وليس هنا كذلك •

(الثالث عشر) صورة المسألة إذا كان الاناء باقيا فلو عرف العيب القديم بعد تلفه عنده فالصحيح الذي ذكره العراقيون وصاحب التتمة أنه يفسخ العقد ، ويسترد الثمن ويغرم قيمة التالف ان كان متقوما ، ومثله ان كان مثليا • ولا يمكن أخذ الأرض • وقال القاضي حسين : انه يأخذ الأرض • وصححه في التهذيب وقد تقدمت المسألة في باب الربا • وذكره القاضي حسين • وصاحب التهذيب هنا موافق لقول الداركي في حالة البقاء ، ويلزمهما موافقته هناك • وما قاله العراقيون هنا موافق لقول ابن سريج في حالة البقاء • وألجأهم الى ذلك امتناع الرد بالتلف ، واحتاجوا الى الفسخ هنا لامتناع أخذ الأرض عن القديم بخلاف تلف بيع المعيب في غير هذه الصورة • حيث يكون أخذ الأرض ممكنا • قالوا : وتلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ • وقد جوز الشافعي الاقالة بعد التلف ، وكذلك في التخالف وصاحب التتمة جعل حالة التلف أصلا وأن ابن سريج يقول في حالة البقاء كحالة التلف •

وذكر القاضي حسين في هذا الباب ثلاثة أوجه • قال : وفي المسألة اشكال • وقد تقدم في باب الربا اختياره ، وحكاية الأوجه الثلاثة • وفي الحاوي في باب الربا عند التلف أنه ان كان بجنسه لم يرجع

بالأرث : وان كان بغير جنسه من النقيدين (فوجهان) أقيسهما الرجوع فيرجع بأرث الفضة ذهباً (والثاني) وهو قول الشيوخ من البصريين والجمهور من غيرهم لا يجوز ، لأن الصرف أضيق ، ولأن الأرث يعتبر بالأثمان فلا يكون داخلاً فيها وقد تقدم ذلك ، وتفرعه عنه في باب الربا ، وقياس ذلك أن يجري هنا في حالة البناء ، لكن الماوردي فرض ذلك في الصرف ولم يفرضه حيث تكون القيمة زائدة عن الوزن •

(الرابع عشر) متى كان كسر الاناء من المشتري فلا فرق بين بعد القبض أو قبله ، ومتى كان من غيره ووجد بعد التقابض والتفرق فلا إشكال ، وفيه فرض الامام المسألة ، ومتى كان قبلهما فهو من ضمان البائع فلا تأتي المسألة ، ومتى كان بعد التقابض وقبل التفرق فيلتفت على ما تقدم أن المشتري اذا قبض المبيع في زمن الخيار هل يصير من ضمانه أم لا ؟ وفيه طرق تقدمت ، فان قلنا لا يصير من ضمانه وأنه ينفسخ بتلفه في يده ، وهو ظاهر نص الشافعي ، فالعيب الحادث حينئذ مضمون على البائع لا يوجب الأرث ، فهو كما قبل التقابض فلا تأتي المسألة (وان قلنا) من ضمانه كما اقتضاه كلام المصنف فالحكم كما بعد التفرق والتقابض ولا جرم أطلق المصنف التصوير ، ولم أجد في شيء من ذلك نقلاً ولكنه قضية التفرع ، والطرق التي في قبض المبيع في زمن الخيار ، تقدمت في هذا الباب عند حدوث تلف المبيع بعد القبض •

(الخامس عشر) اذا غرمناه قيمته على قول ابن سريج أو على قول الأكثرين عند تلفه : فقد تقدم في حكاية ابن سريج أنها تكون من غير جنسه • هكذا حكاه الرافعي ، يعني اذا كان فضة يعطى قيمته ذهباً ، وان كان ذهباً يعطى قيمته فضة • وكذلك حكاه القاضي أبو الطيب عن ابن سريج ، وقاله القاضي أبو الطيب عن عند نفسه في حالة التلف أيضاً ، والأكثر لم يعتبروا ذلك ، بل أطلقوا القيمة • وهو أحسن هذه غرامة • وليست عقداً يتجىء تحذر فيه من الربا ، وقد حكى المراقبون غيماً اذا أتلقت آنية فضة قيمتها أزيد من وزنها ثلاثة أوجه (أصحها)

يضمن بالنقد الغالب (والثاني) يقوم بغير جنسه (والثالث) بمثل وزنه من جنسه ، والزيادة من غير جنسه •

قال أبو سعيد الهروي : وكان القاضي الحسين يعيب هذا ويقول :
الاتلاف ليس مقيسا على البيع في أمر الربا (قلت) فقياس الأوجه الثلاثة أن يأتي مثلها هنا •

(السادس عشر) غرامة أرش النقصان الحادث على قول الأكثرين عند بقائه ، هل يكون من نقد البلد ؟ وإن كان من الجنس قولاً واحداً أو يجري فيها الخلاف الذي في الغصب (الظاهر) الثاني لأنهم شبهوه بالمستام •

(السابع عشر) قد تقدم من قول الإمام أنه لم يصير أحد إلى التخيير بين جميع هذه المسالك بعد أن ذكر الأوجه الثلاثة ، واختار الثالث منها ، وكذلك قال الغزالي في البسيط أنه لم يصير صائر إلى التخيير بين أرش العيب القديم وضم أرش العيب الحادث • كما في صائر العيوب • وإن كان محتملاً بحكم التوجيه الذي ذكرناه للوجهين • لكن اعتقد كل فريق أن ما ذكره أبعد من اقتحام الربا • فلم يثبت الخيرة • وهذا الذي قاله الإمام والغزالي يرد القياس الذي قاله الراعي أنه قياس الوجه الثالث : لاسيما وهو مختار الإمام • وهو أعرف بقياسه ، ولا شك أن القياس كما قال الراعي : ولكن لعل صاحبه ترك القياس للمعنى المذكور وهو البعيد من الربا • ولو ثبت ما قاله الراعي من القياس لكان لنا قائل بالتخيير والإمام قد نفاه •

(الثامن عشر) صورة المسألة أن يكون العيب الذي ظهر بالاناء كالكر ونحوه ، فلو كان يخرج عن الجنس كالغش تبين بطلان العقد للمفاضلة •

(التاسع عشر) أن الكلام المذكور لا اختصاص له بالاناء والحلى ، بل هو في كل عقد اشتمل على جنس واحد من مال الربا من الجانبين • كما إذا باع صاع حنطة بصاع ، واضلع أحدهما على عيب فيما أخذه

بعد حدوث عيب في يده أو تلفه وفيه غرض صاحب التهمة . وقال
ابن الحكم في سائر أموال الربا كذلك . وكذلك قال غيره .

(العشرون) ان أرش الكسر الذي يغرمه يمكن أن يقال بأنه
لا يكون منسوباً من الثمن ، بل ما نقص من القيمة هنا يقتضى تشبيهه
بالمستام ، ويدل له ما سيأتى فيما لم يوقف على عيبه الا بكسره (وقال)
أبو حامد بن يونس في شرح الوجيز ، اعتراضاً على جعله كالجنابة
بعد الفسخ : انه لو كان كذلك لغرم أرش ما نقص ، والمغروم جزء
من الثمن ، وكلام الغزالي ساعده ، ولولا ذلك لم يحتج الى الفرار من
الربا ، وسيأتى فيما لم يوقف على عيبه الا بكسره تمام هذا البحث ،
والأقرب هنا ما قلناه أولاً ، وهو أنه لا يكون منسوباً من الثمن بل من
القيمة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجد العيب وقد نقص المبيع بمعنى يقف استعلام
العيب على جنسه بأن كان جوزاً أو بيضاً أو غير ذلك مما لا يوقف
على عيبه الا بكسره - فينظر فيه فان كسره فوجدته لا قيمة للباقي
كالبيض المذر والرمان العفن - فالبيع باطل لأن ما لا قيمة له لا يصح
بيعه فيجب رد الثمن) .

(الشرح) تقدم الكلام في النقص الذي لا يقف استعلام العيب
على جنسه والكلام الآن فيما يقف ، وانما قال على جنسه ولم يقل
عليه ليشمل ما اذا كسر منه قدراً لا يوقف على العيب بما دونه وما اذا
كسر منه قدراً يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ، وكلا القسمين
سيأتيان في كلامه ان شاء الله تعالى ، اذا عرفت ذلك فنقول : ما لا يوقف
على عيبه الا بكسره مما مأكوله في جوفه أو غيره ، كالبطيخ والرائج
والرمان واللوز والجوز والبندق والبيض ، فكسره فوجدته فاسداً لا قيمة
له كالبيض المذر الذي لا يصلح لشيء ، والبطيخ الشديد التغير والرمان
العفن والجوز والرائج والقثاء المدود ، فقد نص الشافعي رحمه الله
والأصحاب أنه يرجع بجميع الثمن .

قال المزني : سمعت الشافعي يقول : كل ما اشتريت مما يكون مأكوله في جوفه فكسرتة فأصبته فاسدا فلك رده ، وما بين قيمته فاسدا صحيحا وقيمته فاسدا مكسورا ، قال : وقال في موضع آخر : فيها قولان •

(أحدهما) ليس له الرد الا ان شاء البائع ، وللمشتري ما بين قيمته صحيحا وفاسدا الا أن يكون له فاسدا قيمة ، فيرجع بجميع الثمن اذا لم يكن لفاسده قيمة والقولان هكذا ذكرهما الشافعي في الأم في الجزء الثامن في باب ما اشترى مما يكون مأكوله داخله ، وما ذكره الشافعي رضى الله عنه من الرجوع بجميع الثمن اذا لم يكن لفاسده قيمة قطع بها الأصحاب كافة لكن اختلفوا في طريقته فالجمهور من الأصحاب العراقيين ومعظم الخراسانيين ، على أنه تبين فساد البيع كما ذكر المصنف لوروده على غير متقوم • وعن القفال وطائفة أنه لا يتبين الفساد لكنه على سبيل استدراك الظلامة : كما يرجع بجزء من الثمن عند نقص جزء من المبيع يرجع بكله عند خوات كل المبيع •

وتظهر ثمرة الخلاف في أن النقشور الباقية بمن تختص ؟ حتى يكون عليه تطهير الموضع عنها ، وكلام الشافعي مختمل لكل من الوجهين ، لكن القواعد تقتضى حمله على ما قاله الأصحاب ، ونقل القاضي حسين عن الشيخ وهو القفال أنه قيل له في الدرس : اذا كان لا قيمة لفاسده غير مكسور وجب انحكم بفساد العقد كسائر ما لا يتقوم ، فقال : هو وان كان كذلك فلا ينفك عن أدنى قيمة • وان قلت : لبقاء بعض المنافع فانها تقتضى لتنقش شلعب بها الصبيان ، وخالف القاضي في ذلك ، لأن القصد من شراء البيض الطعم • وأحد لا يشتري البيض لينقش وتلعب به الصبيان ، والامام حكي قول القفال عن طائفة وأفسده لكن بغير الطريق الذي أفسده بها القاضي • فان مقتضى كلام القاضي أن هذه المنفعة لقلتها لا تعتبر ، وليست مسوغة لايراد العقد عليه كسائر المنافع التاغية ، والامام غرض الكلام : حيث لا قيمة مع الصحة ، ومفهومه أنه اذا كانت له قيمة • وان قلت نحكم بالصحة • لكنه في آخر كتابه يقول : لا وجه الا انقطع بالفساد •

وقال الغزالي : انه اذا لم يبق له بعد الكسر قيمة ، قال الشافعي يسترد الثمن جميعه ، فقال الأصحاب : معناه أنه يسترد أرش النقصان ، لكن أرش كمال الثمن اذا لم يبق له قيمة (والوجه) أن يقال : تبين بطلان العقد ، فان غرض له قيمة قبل الكسر قيمة للنقش ولعب الصبيان ، فقد بطلت المالية الآن •

(فان قلنا) طريق الاطلاع من عهد البائع حتى لا يجب به أرش فهنا يتقدم أن يسترد تمام الثمن ويجعل كأنه لم يشتري الا ما بقى بعد الاطلاع وان جعل ذلك من ضمان المشتري فلا يتقدم معه أن يسترد تمام الثمن • هذا كلام الغزالي وما نقله عن الأصحاب هو قول القفال ومعظم الأصحاب قاطعون بخلافه أفهم كلامه غرض المسألة فيما اذا لم يكن له قبل الكسر قيمة أصلا ، كما اقتضاه كلام الامام ، وأن منفعة النقش ولعب الصبيان معتبرة ، وذلك خلاف ما قاله القاضي حسين ومقتضى كلام الغزالي في هذه المسألة الحالة اذا كانت له قيمة ومنفعة للنقش ولعب الصبيان الجزم بصحة البيع ثم الاختلاف في استرداد تمام الثمن أى بطريق الفسخ ، كما في قتل العبد المرتد في يد المشتري وأولى فيتحصل من كلام الأصحاب أربعة أوجه (الأصح) أن البيع باطل •

(والثاني) أنه يصح وينفسخ بعد ذلك ، ويسترد جميع الثمن ، وهذا غير قول القفال لأن القفال يقول : ان ذلك بطريق استدراك الظلامة مع بقاء العقد كالأرش حتى تبقى القشور للمشتري ، ومقتضى هذا القول القائل بأن الانفساخ اذ ترجع القشور للبائع ، ويلزمه تنظيف المكان عنها •

(والثالث) أنه يصح ولا ينفسخ ، لكن يكون له أرش العيب ، وهو هنا الثمن بكماله وهو قول القفال •

(والرابع) أن البيع صحيح ولا ينفسخ ولا يسترد الثمن بكماله ، بل يسترد الأرش وهو ما بين قيمته سالم الجوف وغاسده قبل الكسر ،

وهذا الوجه مخالف لنص الشافعي : وطريقه أن يحمل النص على ما لا قيمة له مع فساده في حال صحته فيحملها على مراتب •

(احداها) أن يتبين بالكسر أنه لم يكن له قيمة في حال صحته أصلا • وهذه الحالة يتبين بطلان البيع فيها قطعا ، على ما اقتضاه كلام القاضى حسين ، ويجرى فيها وجهان على ما اقتضاه كلام الغزالي •

(الثانية) أن يتبين أنه كانت له قيمة تاغية كالنقش ولعب الصبيان • فهي محل الأربعة الأوجه المتقدمة والمذهب البطلان خلافا للقفال وطائفة والغزالي • فان كلامه يقتضى ذلك في هذه •

(المرتبة الثالثة) أن يفرض له قيمة قبل الكسر معتبرة في صحة ايراد العقد عليه ثم تبطل بالكسر • وهذا الغرض لم يذكره الأصحاب لأنه متعذر أو بعيد فلو قدر وجوده فلا يمكن القول بتبين البطلان ههنا • لكن يأتى الوجهان المفهومان من كلام الغزالي في المرتبة الثانية (أحدهما) أن البيع ينفسخ ويرجع بالثمن ، ويجعل طريق الاطلاع من ضمان البائع ، وان حصل في يد المشتري •

(والثاني) أنه لا ينفسخ اذا قلنا ذلك ليس من ضمان البائع ، لكن يرجع المشتري على البائع بالأرث ، وهو ما بين قيمته سالما وفاسدا صحيح القشر ، وهذان الوجهان اذا فرض له قبل الكسر قيمة صحيحة للعقد لا اشكال في جريانهما ويمكن صاحب الوجه الأول أن يحمل كلام الشافعي على ذلك ، وأنه يرجع بالثمن بطريق انفساخ العقد ، والخلاف في كون طريق الاطلاع على العيب من ضمان البائع أو لا • سيأتى ان شاء الله تعالى فيما اذا كان له بعد الكسر قيمة •

(والأصح) أنه من ضمان البائع ، فيكون الأصح هنا من الوجهين اللذين قالهما الغزالي أنه ينفسخ (وان قلنا) ان العقد صحيح لكن الظاهر أن الغزالي لا يوافق على تصحيح أنه من ضمان البائع في المسألة الآتية ، وشبه أيضا بالخلاف في قتل المرتد في يد المشتري بالردة السابقة ، هل يكون من ضمان البائع أو لا ؟ والصحيح أنه من ضمان

البائع . اذا عرغت ذلك رجعنا الى لفظ الكتاب قول المصنف : فوجده
لا قيمة للباقى أى بعد الكسر يشمل ما اذا كان له قبل الكسر قيمة تاغية
أو كثيرة ، أو لا قيمة له أصلا ، والأخير محل اتفاق .

(والثانى) تقدم الكلام فيه ، وبينت أنه فرض بعيد أو متعذر ،
فلا نجعله مدرجا فى كلام المصنف ، فانه بذلك يشكل الحكم بالبطلان
لما تقدم ، والأول وهو أن يكون له قيمة تاغية هو محل الخلاف بيننا
وبين القفال ، فاذلك والله أعلم أتى المصنف بهذه العبارة حتى تشمل
القسمين الأول والثالث ، وتعليه بأنه لا قيمة له يقتضى الاقتصار
على القسم الثالث لكن الذى له قيمة تاغية كما لا قيمة له فالمراد لا قيمة له
معتدا بها (وقوله) فيجب رد الثمن هو المنصوص للشافعى (وقوله)
البيع باطل وما حمل معظم الأصحاب كلام الشافعى عليه .

(فرع) قال ابن الرفعة : انه تظهر فائدة الخلاف بين الأصحاب
والقفال أيضا فى أن مجرد الاطلاع هل يوجب استرجاع الثمن أم لا ؟
فعلى القول بأنه استدراك للظلمة لا يكون له الا اذا طلبه على الفور ،
كما تقدم ذكره فى البيع الذى تعذر رده لحدوث عيب به عند المشتري .
وعلى القول بتبين بطلان العقد يكون الثمن مستحقا من حين الكسر الذى
زالت به المسالية .

(قلت) أما اذا قلنا : انه استدراك للظلمة لا يكون الا طلبه على
الفور ، فانه قد تقدم أنه عند امتناع البائع من أخذ المبيع وتعين
الحق فى الأرض لا يجب أن المشتري يطلبه على الفور ، وقبل امتناع
البائع تقدم عن الرافعى وغيره أنه يعلمه به على الفور ، فان شاء قبله
فهنا ان كان الرد عند القفال سائنا وأنه اذا طلبه البائع يجب ، فالأمر
كما قال ، فاذا لم يعلمه به بطل الرد والأرض لكن ذلك لا فائدة فيه
أصلا ، ولا يحصل للبائع به مصلحة ، وأن الرد عند القفال ممتنع
لخروجه عن المسالية : فيكون الأرض متعينا ولا يجب طلبه على الفور ،
وهذا هو الأظهر ، وأما قوله : على القول بتبين بطلان العقد يكون الثمن
مستحقا من حين الكسر ، فمحمول على أن علمنا استحقاقه من حين

الكسر ، والا فهو مستحق من حين التسليم لعدم صحة البيع من أصله ،
والله أعلم •

(فرع) أطلق المصنف الكسر في هذا القسم • فيقتضى أن لا غرق بين أن يزيد في الكسر أو يقتصر على قدر ما يعرف به العيب ، وهو كذلك على المذهب لأنه اذا تبين بطلان العقد لعدم كونه متقوما قبل الكسر ، فلا غرق ، أما على رأى القفال ومن وافقه فيظهر أن يقال : ان زاد في الكسر وكان لو اقتصر على ما يعلم به العيب لبقيت تلك القيمة اليسيرة يكون الزائد من ضمان المشتري ، فلا يكون الأرض جميع الثمن وشبهه نظر •

(فرع) ان اختلفا في تسليمه صحيحا أو فاسدا فالقول قول البائع مع يمينه قاله الشيخ أبو حامد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان له قيمة كبيض النعامة والبطيخ الحامض ، وما دود بمضه من المأكول - نظرت فان كسر منه قدرا لا يوقف على العيب بما دونه - ففيه قولان (أحدهما) أنه لا يرد ، وهو قول الزنى لأنه نقص حدث في يد المشتري ، فمنع الرد كقطع الثوب (والثاني) لا يمنع الرد ، لأنه معنى لا يوقف على العيب الا به فلم يمنع الرد كتنثر الثوب (فان قلنا) لا يرد ، رجع بأرث العيب على ما ذكرناه (وان قلنا) يرد فهل يلزمه أن يدفع معه أرث الكسر ؟ فيه قولان (أحدهما) يلزمه كما يلزمه بدل لبن الشاة المصرة (والثاني) لا يلزمه ، لأن الكسر الذى يتوصل به الى معرفة العيب مستحق له فلا يلزمه لأجله أرث) •

(الشرح) اذا كسر ما لا يوقف على عيبه الا بكسره ، وكان للباقي بعد الكسر قيمة كما ذكره ، وكالرانج وغيره اذا بقيت له قيمة ، فان لم يزد على قدر ما يعرف به العيب مثل أن نقب الرمان فغرف حموضته أو قطعه قطعاً يسيراً فغرف أنه مدود • قال القاضى أبو الطيب :

لأن التدويد لا يمكن أن يعرف بالنقب ، وإن كان هكذا ففيه قولان •
وقد تقدم ذكرهما عن مختصر المزني • واتفقت الطرق على حكايتهما
(أظهرهما) عند الأكثرين أنه لا يمنع الرد ، وهو ما أورده المصنف
(ثانيا) وهو الذي حكى المزني في كلامه أولا أنه سمعه من الشافعي ،
وبه قال مالك وأحمد في رواية ، وممن رجحه الماوردي والرويانى
والشيخ أبو حامد ومن تابعه على ما حكاه الرافعي وقاسوه على المصراة •
هكذا قاسه الأكثرون ، والمصنف قاسه على نشر الثوب ، وسنذكر سبب
ذلك إن شاء الله تعالى •

(والقول الثانى) أنه ليس له الرد قهرا كما لو عرف عيب الثوب
بعد قطعه وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وصححه صاحب التهذيب ،
قال المزني بعد حكاية ما قدمته عن المختصر : هذا يعنى القول بأنه ليس
له الرد أشبه بأصله ، لأنه لا يرد الرانج مكسورا ، كما لا يرد
الثوب مقطوعا ، الا أن يشاء البائع ، وأجاب الأصحاب بأن للشافعي
في الرانج قولين أيضا (فإن قلنا) لا يرد فهو كسائر العيوب الحادثة
فيرجع المشتري بأرشف العيب القديم • أو يضم أرشف النقصان اليه
ويرده كما سبق هكذا قال الرافعي • وهو مأخوذ من كلام الامام كما
سنذكره في آخر الكلام ، وعليه ينزل كلام المصنف والأصحاب ،
فمن أطلق أنه يرجع بالأرشف ، فإذا رجع بالأرشف فيقوم صحيحا
- وقشره صحيح - وفاسدا وقشره صحيح ، وينظر كم نقص من قيمته
فيرجع به من الثمن • وهذا معنى قول المصنف على ما ذكرناه ، أى
أنه يرجع من الثمن ، وليس كالأرشف الذي يرد المشتري على ما سيأتى
إن شاء الله تعالى ، ولا يقومه مكسورا ، لأن الكسر نقص حدث في يده ،
وانما يجرى تقويمه مع العيب الذي كان عند البائع • وطريق الاطلاع
على العيب على هذا القول من ضمان المشتري لأننا منعناه من الرد
(وإن قلنا) يرد ، وهو الأظهر ، فهل يغرم أرشف الكسر ؟ ففيه قولان
(أحدهما) نعم كالمصراة • وهذا هو الذي تقدم نقله عن المختصر في
قول الشافعي : لك رده ، وما بين قيمته فاسدا صحيحا وقيمه فاسدا
مكسورا فهذا صريح في وجوب الأرشف على المشتري إذا رد • ورجح
الغزالي هذا القول •

(والثانى) لا ، لأنه معذور فيه ، والبائع بالبيع كأنه سلطه عليه ،

وهذا أصح عند الجرجاني وصاحب التهذيب وابن أبي عصرون والرافعي في المحرر . ولهذا قال في الروضة : انه الأظهر ، ونقل الرافعي أنه أصح عند غير صاحب التهذيب أيضا . ونقل غيره أنه أصح عند الشيخ أبي حامد ، ولم أر ذلك في تعليقه وطريق الاطلاع على هذا القول من ضمان البائع ، والفرق بينه وبين المصراة أن الكسر عيب حادث لم يفوت عينا على البائع بخلاف حلب المصراة فإنه أظهر نقصا مع تفويت عين هكذا قال بعضهم : ومن مجموع ذلك تأتي ثلاثة أقوال جمعها أبو اسحاق المروزي والشيخ أبو حامد فمن بعده ، والغزالي جعلها أوجها (أحدها) أنه لا يرد ويرجع بالأرث (والثاني) يرد بغير أرث ، وهو الأظهر عند الرافعي وغيره (والثالث) يرد مع الأرث ، قال الغزالي : وهو الأعدل . ثم ننبه على أمور :

(أحدها) أن طريق الاطلاع على العيب اما أن يكون من ضمان البائع ، أو من ضمان المشتري ، ان كان الأول فليرد بغير أرث كما رجحه الرافعي ، وان كان الثاني فليمتنع الرد ، فالقول بأنه يرد مع الأرث خارج عن المسأخذين ، مع أنه المنصوص في المختصر ، وعله الغزالي كما قال : انه الأعدل بأنه حتى لا يتضرر البائع أيضا ، وذلك من قبيل المصلحة المرسلة .

(الثاني) قال الرافعي في المحرر : انه لا يمنع الرد ، واذا رد لم يغرم الأرث على الأظهر ، وتبعه في المنهاج فقال : رد ولا أرث عليه في الأظهر ، فان أراد أن الرد مجزوم به والخلاف في الخلاف في الأرث ، فهذه طريقة لم أعلم من قال بها . فالوجه أن يجعل قوله في الأظهر غاية اليهما . ويكون المعنى أن الأظهر أنه يرد بغير أرث وهو القول الذي رجحه في الشرح . ومقابله قولان عدم الرد مطلقا أو الرد مع الأرث (الثالث) قال الامام : مما يجب التنبيه له — ولا تتحقق الاحاطة بالمسألة دونه — أن المسألة التي نحن فيها لا تتميز أصلا عن تفصيل القول في العيوب الحادثة الا على قولنا : ان المشتري يرد المعيب المكسور من غير أرث ، فان لم نسلك هذا المسلك فلا فرق . فاننا اذا ذكرنا في الكسر خلافا في المنع من الرد وضم أرث الحادث من العيب ، فقد ذكرنا مثله في كل عيب حادث ، فلا تنفصل هذه المسألة

عن غيرها الا اذا جوزنا الرد مع غير غرم أرش في مقابلة عيب الكسر
فلو قال قائل : مسألة الكسر أولى بأن يحتكم المشتري فيها بالرد مع
غرامة الأرش كان هذا فرقا في ترتيب مسألة عن مسألة .

هذا كلام الامام وهو في نهاية الحسن ، لكنه يقتضى أنه عند
التنازع يأتى الخلاف فيمن يجاب (فان قلنا) في تلك المسائل يجاب
المشتري فهنا أولى (وان قلنا) يجاب البائع مطلقا أو اذا طلب
تقرير العقد فهنا خلاف ، والذى يدل عليه ظاهر النص الذى سمعه
الزنى من الشافعى أن المجاب المشتري في طلب الرد مع الأرش ،
والفرق بينه وبين تلك المسائل اما على القول الذى اختاره الزنى بامتناع
الرد فتتحد هي وتلك المسائل كما تقدم عن الراغى ، والظاهر أنه
أخذه من كلام الامام هنا .

(الرابع) أنه اذا اشترى ثوبا مطويا فنشره ووقف على عيب به ،
فان لم ينقص بالنشر فلا يمنع الرد ، وان نقص — فان كان لا يوقف
على عيبه الا به ، مثل أن يتولى ذلك من هو من أهل الصنعة ويرفق
به — ففي المسألة الأقوال المذكورة ، وان لم يكن من أهل الصنعة ،
ونقص نقصا زائدا فعلى ما سيأتى . فيما اذا زاد في الكسر ، المذهب
امتناع الرد . وقال أبو اسحاق : على الأقوال . وأطلق الأصحاب المسألة
فصورها صاحب الحاوى فيما اذا كان مطويا على طاقين حتى يرى
جميع الثوب من جانبيه ، فان كان على أكثر من طاقين لم يصح البيع ،
ان لم تجوز خيار الرؤية . قال الراغى : وهذا أحسن . لكن المطوى
على طاقين لا يرى من جانبيه الا أحد وجهى الثوب ، وفي الاكتفاء
به تفصيل وخلاف قد سبق .

وقال امام الحرمين : ان هذا الفرع مبنى على تصحيح بيع
الغائب ، وذكر الراغى تنزيلين آخرين (أحدهما) أن يفرض رؤية
الثوب قبل الطى والطحى قبل البيع (والثانى) أن ما ينقص بالنشر
ينقص بالنشر مرتين فوق ما ينقص به مرة واحدة ، فلو نشر مرة وبيع
وأعيد طيه ثم نشره المشتري فزاد النقصان بذلك انتظم الفرع .

إذا علم ذلك فالمصنف قاس بالنشر على نشر الثوب فإن أراد الذي لا يحصل به نقص فالفرق ظاهر ، وإن أراد ما يحصل به نقص وهى كالمسألة ، والخلاف فيها كالخلاف ، فكيف يجعلها أصلاً ويتيسر عليها ؟ • وكذلك صاحب التهذيب قاس على نشر الثوب والمصراة جميعاً ، والظاهر أن المصنف انما قاس على نشر الثوب ولم يقس على المصراة . لأن المسألة خلافية بيننا وبين أبى حنيفة • وأبو حنيفة لا يسلم الحكم في المصراة فلا يمكن الاحتجاج عليه بها فقاسها على نشر الثوب • وكذلك فعل في النكت قال : كنشر الثوب وقلب الصبرة • وهذا يدل على أنه أراد النشر الذي لا يحصل به نقص • ولهذا لم يقل في علته هنا : أنه نقص • بل قال : يعنى كأنه لكونه طريقاً الى معرفة العيب لا يعد نقصاً •

(الخامس) قال المرعشى : في ترتيب الأقسام سبب ذكرته فيما تقدم مختصراً ولا بد من ذكره هنا والتنبيه على ما فيه • وهو أن العيب الحادث في المصراة على ثلاثة أضرب : ما فيه قول واحد أنه يرد كالعيب والخيار • كغمزه بعود أو حديدة فينتبين الأرش • وما فيه ثلاثة أقوال له أنه مر غله الرد • وما فيه قولان كالثوب يقطع ثم يتبين به حرق هل يرد ؟ ونقص القطع أو لا • ويأخذ الأرش وما فيه ثلاثة أقوال كالجوز واللوز وما لا يتوصل الى علمه الا بكسره • فإذا كسره فأصابه غاسدا ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) يرده وما نقص (والثانى) يأخذ الأرش (والثالث) يرد ويأخذ جميع الثمن •

(قلت) فإن كان مراده حيث لا نجعل في العيب والخيار عيباً بذلك الغمز • فهو يخالف فرضه • وإن حصل فيه بذلك عيب — فإن لم تبق له قيمة — لم يأت الا الرد والرجوع بجميع الثمن كما قال • وحينئذ القسم الثالث في كلامه ان لم تبق له قيمة فلا يأتى فيه الا قول واحد • وذلك • وإن بقيت له قيمة لم يأت فيه القول بالرجوع بجميع الثمن •

(السادس) قول المصنف لا يوقف على عيبه الا بكسره أحسن من قول من قال مأكوله في جوفه ، فإنه يشمل الثوب إذا نشره كما تقدم • وكذلك إذا اشترى قطعة خشب ليتخذ منها ألواحاً فلما قطعها

وجدنا عفتة • قال القاضى حسين فى الفتاوى : فيه قولان كما ماكوله فى جوفه (فان قلنا) لا رد له يأخذ الأرض من البائع • وهو ما بين قيمتها عفتة وغير عفتة ، قال : وبه أفتى (قلت) وهذا اختيار منه للقول المرجوح فى عدم الرد ، ولا جرم • صححه تلميذه وصاحب التهذيب كما تقدم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان قلنا : يلزمه الأرض قوم معيبا صحيحا ومعيبا مكسورا ، ثم يرجع عليه بما بين القيمتين ، لأنه لما رد انفسخ العقد فيه فصار كالمقبوض بالسوم ، والمقبوض بالسوم مضمون بالقيمة ، فضمن نقصانه بما نقص من القيمة ، ويخالف الأرض مع بقاء العقد لأن المبيع مع بقاء العقد مضمون بالثمن ، فضمن نقصانه بجزء من الثمن) •

(الشرح) اذا قلنا يلزم المشتري الأرض عند رد المكسور كما هو ظاهر نص المختصر على خلاف الذى رجحوه ، فالأرض ههنا هل هو كالأرض المأخوذ من البائع عند بقاء العقد ؟ وقد تقدم أنه جزء من الثمن نسبته اليه نسبة ما نقص العيب من قيمة السليم الى تمامها أو الأرض هنا مخالف لذلك الذى قاله المصنف هنا أنه مخالف ، وأن الأرض ههنا لا ينسب من الثمن ، بل هو ما نقص من قيمة السليم كما ذكره فى الكتاب ، ووافقه على ذلك أكثر الأصحاب المتقدمين والمتأخرين ، ومنهم الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وصاحب التتمة وصاحب التهذيب والرافعى وخلائق لا يحصون ، والظاهر أن ذلك لا اختصاص له بهذه المسألة ، بل بحيث أمرنا المشتري برد الأرض على البائع بعد الفسخ فى العيوب الحادثة ، ولذلك قال الرويانى فيما اذا تقايلا ثم وجد البائع بالبيع عيبا حدث عند المشتري • وقلنا بأن الاقالة لا تنفسخ ، وهو الأصح عند الرويانى أنه يرجع البائع على المشتري بالأرض قال والأقرب أنه يلزمه نقصان القيمة لأن البيع مرتفع بينهما • وهذا الذى قاله المصنف والأصحاب يطرقه أمران (أحدهما) من جهة البحث (والثانى) من جهة النقل • أما الذى من جهة البحث فقال

مجلى في الذخائر : فيه احتمال ، لأن الفسخ يرفع العقد بعد القبض من حينه ، فقد وجد العيب في يده ، وهو مضمون عليه بالثمن ، فينبغي أن يكون فوات ذلك الجزء مضمونا بجزء من الثمن .

وأما الذي من جهة النقل فقال المصنف في باب اختلاف المتبايعين : ان المشتري اذا قطع يد العبد في يد البائع لم يجز له الفسخ ، فان اندمل ثم تلف في يد البائع رجع البائع على المشتري بأرثس النقص ، فيقوم مع اليد ويقوم بلا يد ثم يرجع بما نقص من الثمن ، ولا يرجع بما نقص من القيمة ، فلذلك قال القاضي أبو الطيب في شرح الفروع : ان المشتري اذا وطئ الجارية المبعة البكر في يد البائع ، ثم تلفت قبل القبض أنه يجب أرثس البكارة منسوباً من الثمن ، وطرد ذلك فيما اذا قطع يد العبد ثم مات بآفة سماوية قبل القبض أنه يستقر نصف الثمن وقال : اذا قطع المشتري يد العبد أنه يستقر العقد بجملة الثمن ، حتى اذا تلف العبد بعد ذلك لا يرجع المشتري على البائع بشيء .

وفي الحاوي حكاية خلاف في صورة قطع اليد ، في أن البائع يرجع على المشتري عند تلف العبد بالأرثس المقدر كالأجنبي ، أو بما نقص من القيمة لأن الجنائية كانت في ملكه بخلاف الأجنبي . وفي التهذيب هل يستقر على المشتري من الثمن نسبة ما انتقص من القيمة ؟ وهو المذهب في تعليق القاضي حسين . والمجزم به في شرح الفروع للقفال . وقد قدمت ذلك عن القاضي حسين والقفال في وطء البكر . فهذه النقول كلها الا ما في الحاوي تدل على أن الأرثس المسأخوذ من المشتري مقدر من الثمن كالأرثس المسأخوذ من البائع . وذلك يؤيد ما قاله مجلى .

والجواب : أما ما ذكر من النقل فان ابن أبي الدم فرق بين مسألتنا هذه . وبين المسألة التي ذكرها المصنف في اختلاف المتبايعين من وجهين (أحدهما) أن المشتري لما رد المبيع بالعيب فقد فسخ العقد باختياره ، فارتفع العقد قولاً واحداً وصار كأن العقد لم يوجد ، ولا كأنه التزم ثمنه ، لأن العقد انما انعقد بينهما على ظن المشتري السلامة التي يقتضيها مطلق العقد ، فاذا بان كونه معيباً صار كأنه أنقضه ، ولم يجبر عليه عقد ، فكان الثمن في هذا بعيداً عن العقد ،

فلم ينسب القيمة اليه ، وهذا معنى قول الشيخ غصار كالمقبوض على وجه السوم ، بخلاف مسألة العبد ، فان المشتري هو المفرط بقطع يد العبد وتعييبه ، ولم ينسب البائع فيه الى تقصير في عيب أصلا ، فكأن المشتري رضى بالعقد ، ورضى بالتزام الثمن فيه فيقترب الثمن من العقد ، فاعتبرت القيمة منسوبة الى الثمن •

(الفرق الثاني) أن نسبة يدى العبد كنسبة نفسه على مذهب الشافعى في أن جراح العبد من قيمته ، كجراح الحر من دينته ، فبيده كنصف نفسه ، فلو قتل المشتري العبد كان قابضا له قولاً واحداً ، فاذا قطع يده فكأنه قبض نصف العبد تقديراً ، فاذا مات بعد الاندمال بيد البائع اعتبرت القيمة منسوبة الى الثمن لقرب العقد من الاستقرار ، وما ذكره القاضى أبو الطيب يقوى ما ذكرناه في الفرق بين المسألتين ، ويفهم منه اختلاف ما بينهما ، وقول الماوردى في الوجه الأول انه يضمه بالأرش المقرر كالأجنبى ، معناه أنه يضمه بنصف قيمته تقديراً •

(وقوله) في الوجه الثانى : انه يضمه بما نقص ، معناه أنه يلحق بغير العبد كالبطيخ وغيره ، وكان الوجه الأول مبنى على مذهب الشافعى في جراح العبد (والثانى) مبنى على مذهب ابن سريج أنها غير مقدرة • بل الواجب فيها ما نقص من قيمتها كالواجب في غير العبيد ، وذكر الامام في الغصب خلافاً في أن المشتري اذا قطع يدى العبد هل يكون قابضاً له ؟ ويسقط ضمان العقد في الباقي واستضعف القول بالسقوط ، هذا جواب ابن أبى الدم رحمه الله ، وما لحظه في الفرق الأول من التفريط وعدمه غير متضح ، وما ذكره في الفرق الثانى من قرب الاستقرار أبعد ، لأن المسألة هنا بعد القبض المحقق وقد استقر العقد وكان ينبغى أن ينسب من الثمن •

وقد مال ابن الرقعة الى ما قاله مجلى وأيده باتفاق الأصحاب ، على أن غريم المفلس اذا رجع في العين وقد نقصت في يد المفلس بفعل مضمون يضرب مع الغرماء بقدر أرش النقص من الثمن ، واعتذر عما ذكره الأصحاب على اختلافهم احتمال مجلى بتخصيص ما ذكره بحالة فوات وصف مجرد من المبيع ، ليس بجزء وما ذكر من المسائل المنقولة

مما ذكره المصنف في باب اختلاف المتبايعين وغيره في بعض الأجزاء ،
وهي أقرب الى المقابلة من الصفات المجردة • فذلك جعل مستوفيا لها ،
وحسب بدلها عليه من الثمن بخلاف الصفات ، فان العبد اذا زنى أو سرق
أو أبق لا يمكن أن يجعل المشتري بذلك مستوفيا لصفة السلامة
منه ، حتى يستقر عليه من الثمن بنسبة ما نقص من قيمته ، قال : وهذا
من دقيق الفقة غليظا •

(قلت) وهو حسن ان سلم لكن يחדشه امران (أحدهما) تحليل
المصنف والأصحاب بأنه لما رد انفسخ العقد فيه ، وصار كالمقبوض
بالسوم ، والمقبوض بالسوم مضمون بالقيمة ، وذلك لا فرق فيه بين
الأجزاء والأوصاف ، وكما أنا في الأرض المأخوذ من البائع لا نفرق فيه
بين الأجزاء والأوصاف ، فكذلك هنا ومن يزعم أن الأرض جزء من
الثمن ويأخذه عن الزنا والابق ونحوه من الأوصاف من البائع منسوبا
من الثمن ، وان كانت ليست بمقابلته الا على وجه التقدير ان صح ،
فكيف لا ينزلها في جانب المشتري كذلك ، وأيضا فانهم أطلقوا هنا
وقد يكون الذاهب جزءا •

(والثاني) أن الغزالي رحمه الله في مسألة الحلى بعد أن حكى قول
ابن سريج والأصحاب قال فتحصلنا على احتمالين في حقيقة كل واحد
من الأرشين أنه غرم ابتداء وفي مقابلة المعقود عليه ، والمشهور ما أشار
اليه ابن سريج فيهما جميعا ، يعنى أنه جزء من الثمن والفائت في
مسألة الحلى بالكسر وصف لا جزء ، فكلام الغزالي هذا وان استشكلنا
به قول ابن الرفعة فانه يشكل أيضا على ما قاله المصنف والأصحاب
هنا من أن الأرض من المشتري لا يثبت من الثمن ، بل من القيمة وذلك
يخالف قول الغزالي : انه جزء من الثمن كالمأخوذ من البائع على أحد
الاحتمالين اللذين ذكرهما ، وقال : انه المشهور •

ولا شك أن المشهور الذى قال به معظم الأصحاب في الأرض
القديم ، فلم لا كان كذلك في الأرض الحادث ؟ اللهم الا أن يقال :
لا يلزم من كونه جزءا من الثمن أن يكون منسوبا منه وهو بعيد ،
لأنه متى لم ينسب منه لا يكون جزءا منه ، فكلام الغزالي في الأرض

الحادث مخالف لما قاله المصنف والأصحاب هنا ، ثم ان للغزالي أن يقول للأصحاب : أنتم منعتم رد الحلّى مع أرش الكسر الحادث خذوا من الربا ، وقتلتم : أما أن يرده وحده ويسترجع الثمن ، ثم يغرم أرش الحادث كالمستام ، كما تقدم عن أكثر الأصحاب ، وأما أن يغرم قيمته كما قال ابن سريج ، وأما أن يأخذ أرش القديم كما قال صاحب التقريب ، ومنعوه أن يضم أرش الحادث اليه في الرد ، كما يفعل في غيره ، فإن كان الأرش حيث أخذ من المشتري لا يكون جزءا من الثمن فلا تخصيص لمسألة الحلّى ، بل صارت هي وغيرها الأرش الذي يرده المشتري كالأرش الذي يغرمه المستام ، ولا يبقى محذور من جهة الربا فيه .

وان كان الأرش جزءا من الثمن كما اقتضاه كلامهم في مسألة الحلّى ، وفروا الى أن جعلوه كالمستام لضرورة فرارا من الربا ، فدل على أنه في غير ذلك الموضع يكون بخلافه ولا يخرج عن كونه منسوباً من الثمن ، وقد تقدم في مسألة الحلّى وغيرها أن الامام نبه على الأرش عن الحادث ، كيف يضم الى المبيع المبيع ؟ ويرد الرد عليهما جميعاً ، واستشكل ذلك والخلص عنه بما سبق .

فان صح ما يقوله المصنف والأصحاب هنا من أن أرش الحادث لا ينسب من الثمن خرجت مسألة الحلّى في رد الأرش الحادث معها عن الاشكال ، وبين ما قدمناه من الاحتمالات في رد الأرش عن الحادث وأن سبيله سبيل الغرامات لا غير . لكن يبقى عليه ما ذكره مجلى من الاشكال . وعند هذا أقول : ان كلام المصنف والأصحاب هنا لم يريدوا به كل العيوب الحاصلة في يد المشتري كالزنا والسرقة والاباق . فإذا فرض حصولها في يد المشتري منعت الرد . فإذا اتفقا على الرد مع أرشها كان على حسب ما يتفقان عليه وفي تقدير ذلك بحث قدمته عند حدوث العيب وذكرت فيه أربعة احتمالات .

ومراد المصنف هنا والأصحاب بما يحصل بفعل المشتري ككسر البطيخ ونحوه مما هو يتكلم فيه ، فان ذلك مضمون على المستام بما نقص من القيمة ، وكذلك كسر الحلّى ، فذلك يضمنه ، وسائر صور

حدوث العيب غير مسألتنا هذه ، ومسألة الحل ، الأمر فيها سهل اذا كانت على حسب التراضى فان المتبايعين على ما شاءا من قليل وكثير .

أما اذا قلنا : المجاب البائع أو المشتري ، ودعى الى الرد مع الأرض . فيحتاج اليه . وكذلك في هذه المسألة اذا كان الأمر على ما تقدم عن الراعى ، أما على ما يظهر من عبارة المصنف وأكثر الأصحاب من أنا اذا قلنا بالرد ورد الأرض كان ذلك الى المشتري ، وله الزام البائع به ، وفسخ العقد . فيحتاج الى البيان فيه . ولا جرم لم يذكر المصنف وكثير من الأصحاب الكلام في ذلك الا في هذه المسألة وكأنهم رأوا أن المشتري يلزم البائع بالرد ثم يبقى الأرض لازما له فاحتاجوا الى بيانه .

ومسألة الحل أولى بالبيان . لأن الأمر فيها على بيان الالزام فاذا تقرر فحيث قلنا بالالزام . وكلام المصنف هنا والأصحاب بل الشافعى في المختصر يقتضى أن ذلك منسوب الى القيمة . وجزم الأصحاب غير مجلى بأنه ليس منسوبا من الثمن وهو مشكل بما قاله مجلى .

وأما كونه يرجع في الفلاس بجزء من الثمن فيظهر الفرق بينه وبين ما نحن فيه بأن المقصود في الفلاس وصول البائع الى الثمن فعند التعذر جوز له الرجوع الى عين ماله . فاذا فات منها جزء نسبناه من الثمن . لأنه الأصل المقصود هناك لا مقصود غيره فالفلاس مأخوذ منه بغير اختياره والمشتري هناك مراد اختياره ومقصوده نقض البيع الذى دلس عليه البائع فيه .

(فرع قال ابن الرفعة : على كل حال فأى وقت نعتبر القيمة فيه . فيه وجهان (أصلهما) ما اذا تعيب العين في يد المستام (أحدهما) وقت حدوث العيب (والثانى) أكثر ما كانت من حين القبض الى حين حدوث العيب . وكذا فيما قد يظن انه يقتضى أن العقد اذا فسخ لا يرتفع من حينه لكنه على الأول يرتفع من حين حدوث العيب . وعلى الثانى يرتفع من حين القبض . وليس كذلك . بل هو مرتفع من حينه ،

ومن ارتفاعه من حينه لا يمكن أن يقال بتقدير جزء من الثمن ، فيتمتع
الرجوع الى القيمة وأقرب وقت تعتبر فيه عند الأول وقت حدوث
العيب ، لأن الواجب أرشهُ فذلك اعتبره ، والقائل الآخر يقول :
قد انكشف الحال عن ضمان المعيب بالقيمة على المشتري ، وقد ثبتت يده
على الفئات من حين القبض الى حين التلف فضمن أكثر القيمة في ذلك .

قال : وعلى الجملة ففي التسوية بين المستام والمشتري في هذا
المقام نظر ظاهر مع لحاظ أن العقد لا يرتفع من أصله ، فهذان
الوجهان يقربان من الوجهين فيما اذا فسخ العقد بالتخالف ، وقد
نقص المبيع في يد المشتري مع لحاظ أن العقد يرتفع من أصله ، والأصح
منهما عند الغزالي اعتبار وقت التلف ، وليس الوجهان مثل الوجهين ،
لأن الفئات في التخالف جزء مقابل بالثمن كما هو مفروض هناك :
وهنا قد تقرر أن الفئات صفة ، ولكنهما قريبان منهما .

(قلت) وقد قال صاحب التتمة : اذا تحالفا والسلعة هالكة .
وقلنا : العقد يرتفع من أصله صار كالمستام (وان قلنا) من حينه
غرم أقل قيمته يوم العقد والقبض ، والأصحاب أطلقوا أنه يغرم
قيمة يوم التلف ، وما قاله ابن الرقعة يشهد لما قاله مجلى أن الأرش
المأخوذ من المشتري ينبغي بناؤه على ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كسر منه قدرا يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ففيه
طريقان (أحدهما) لا يجوز الرد قولاً واحداً لأنه نقص حدث
بمعنى لا يحتاج اليه لمعرفة العيب فمنع الرد كقطع الثوب
(والثاني) أنه على القولين لأنه يشق التمييز بين القدر الذي يحتاج
اليه في معرفة العيب وبين ما زاد عليه فسوى بين القليل
والكثير) .

(الشرح) الطريقة الأولى : هي المذهب . كذلك قال الشيخ
أبو حامد وغيره وحكاها الماوردي عن أبي حامد المروزي ، وجمهور

أصحابنا • والطريقة الثانية : حكاها أبو اسحاق المروزي عن بعض أصحابنا • فإذا قلنا : بالطريقة الأولى فذلك كسائر العيوب الحادثة كذلك قاله الراغبى أى فبأتى فيه ما تقدم من الخلاف عند التنازع إذا دعى أحدهما الى الأرش القديم والآخر الى خلافه (وان قلنا) بالثانية فعلى ما تقدم إذا لم يزد فى الكسر حرفا بحرف •

(فروع) إذا عرفت هذا قال أصحابنا : مكسور الجوز ونحوه • ونقب الرانج من صور الحال الأول الذى لا يقف على العيب بدونه ، وكسر الرانج وترصيص بيض النعام من صور الحال الثانى الذى يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه • وكذا تقوير البطيخ الحامض إذا أمكن معرفة حموضته بغرز شئ فيه ، وكذا التقوير الكبير إذا أمكن معرفته بالتقوير الصغير ، والتدويد لا يعرف الا بالتقوير وقد يحتاج الى الشق ليعرف • وقد يستغنى فى معرفة حال البيض بالقلقلة على الكسر • قال القاضى حسين وغيره : والرمان بمطلقه لا يقتضى حلاوة ولا حموضة ، فإذا شرط فيه الحلاوة فبان حامضا بالغرز رد ، وان بان بالشق فلا •

(فرع) روى أن مولى لعمر بن حريث الصحابى اشترى لعمر بن حريث بيضا من بيض النعام أربعا أو خمسا فلما وضعهن بين يدي عمرو بن حريث كسر واحدة فإذا هى فاسدة ، ثم ثانية ، ثم ثالثة ، حتى تتابع منهن فاسدات ، فطلب الأعرابى يخاصمه الى شريح ، فقال شريح : أما ما كسر فهو ضامن له بالثمن الذى أخذه به وأما ما بقى فأنت يا أعرابى بالخيار ان شئت كسروا فما وجدوا فاسدا ردوه • وما وجدوه طيبا فهو بالسعر الذى بعثتم به •

وأخذ بعض الناس من هذا أن عمرو بن حريث رضى الله تعالى عنه كان رأيه جواز الرد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع او اعتقه او وقفه)

ثبت له أرش العيب لأنه أيس من الرد فثبت له الرجوع بأرش العيب) .

(الشرح) امتناع الرد عند هذه الأمور لعدم امكانه لأن الرد يعتمد مردودا واتفقوا على أنه لا تقام قيمة التالف مقامه ليرد الرد عليها الا ما نقل عن أبي ثور وقد ذكرته عند الكلام في المصرة من نقل الجوزي عنه . لكن ابن المنذر نقل عنه هنا لمذهب الشافعي . وبعضهم زعم أن الرد ورد على خلاف القياس . فيقتصر فيه على مورد النص فالاجماع ، ولم يحصل ذلك عند تلف العين ، وفرقوا بينه وبين التخالف حيث جاز عند هلاك العين بهذا . أو بان لنا في الرد بالعيب طريقا آخر وهو الأرش بخلاف التخالف . وكذلك الفسخ بخيار المجلس أو الشرط عند تلف المبيع في يد المشتري (اذا قلنا) بانتقال الضمان يقبضه في زمان الخيار فانه يجوز كالتخالف والاقالة بعد تلف المبيع جائزة على الأصح (ان قلنا) انها فسخ ، وقيل لا . لعدم الحاجة اليها .

إذا عرف ذلك فالأرش واجب قطعاً بعلتين :

(احدهما) ما ذكره المصنف أنه أيس من الرد ، وهذه مقتضى قول أكثر الأصحاب كما سيتبين لك فيما اذا باعه .

(والثانية) أنه لم تستدرك الظلامة ، وهو مقتضى علة أبي اسحاق في مسألة البيع ، كما سيأتى ان شاء الله تعالى . ولم يثقفوا على أن كل واحدة علة مستقلة لاختلافهم فيما اذا تلف في يد المشتري الثاني كما سيأتى . ولا جزء علة كذلك ، بل الأكثرون يعتبرون اليأس ولا يعتبرون العلة الأخرى ، وأبو اسحاق بالعكس فاذا وجد المعينان أو انتفيا اتفقوا ، وان وجد أحدهما دون الآخر اختلفوا . وههنا اجتمع اليأس وعدم استدراك الظلامة ، فاتفقوا على الرجوع بالأرش ، فالمصنف تبع الأكثرين في التعليل ، ولم يعتبر قول أبي اسحاق .

وقد ذكر المصنف ثلاث مسائل مشتركة في الفوات (احدها) في الفوات الحسى (الثانية والثالثة) في الفوات الشرعى . أما الأولى

وهى هلاك المبيع ، فذلك يشمل ما اذا هلك بنفسه ، كموت العبد .
واحترق الثوب وشبههما ، وهذا لا خلاف فيه •

وممن قال به مالك وأحمد وأبو ثور على ما حكاه ابن المنذر •
وروى ذلك عن الشعبي والزهرى • وحكى الامام قبيل كتاب الرهن
فيما اذا قبض المسلم المسلم فيه قال : وذهب المزني الى أن الرجوع
بالأرض لا يثبت بعد تلف المقبوض قال ابن الرقعة وهو يجري هنا بطريق
الأول لأن غاية الأمر أن يجعل المعين عما في الذمة كالمعين في العقد •

(قلت) وليس كذلك • وقد كنت استغربت هذا القول عن المزني
فتبعت أثره فرأيت في تعليق القاضي حسين قبيل كتاب الرهن أيضا
ما يثبت ويبيّن مأخذه وأنه لا يطرد هنا ، وذلك أنه قال : اذا أسلم
في طعام وقبض بعضه وأتلفه ثم قبض الباقي فاطلع على عيب به وادعى
أن المتلف كان به هذا العيب فالقول قول المسلم اليه ، فان نكل حلف
المسلم ورجع عليه بالأرض •

قال المزني : وجب أن لا يجوز له الرجوع بالأرض لأنه يؤدي
الى أن يأخذ بعض المسلم فيه وبدلا عن الباقي • قلنا : هذا ليس
من الاستبدال في شيء ، وانما هو فسخ العقد في البعض ، لأنه كاحتباس
جزء ، ألا ترى أنه انما يثبت له حق استرداد ما يقابل العيب من
رأس المال لو أسلم في كر حنطة فقبضها وأتلفها • ثم اطلع على عيب
قديم بها ينقص عشر قيمتها ، رجع على المسلم اليه بعشر رأس المال ،
فكلام القاضي هذا يبين لنا أن مأخذ المزني في ذلك جعله من باب
الاستبدال عن المسلم فيه ، والامام أخذ ذلك عن القاضي واختصر
ويستكت عن مأخذه ، واقتصر على حكاية النقل عن المزني ، في حالة التلف ،
فحصل في كلامه اشكال أوجب لابن الرقعة أن نقل ذلك هنا ، وبما
ذكره القاضي اندفع ذلك ، ومقتضاه أن المزني يمنع أخذ الأرض عن
المسلم فيه مطلقا عند التلف وغيره •

ثم ان القاضي أيضا غرضها في الاتلاف لا في التلف ، فهذا
ما يتعلق بهذا القسم الذي يحصل هلاك المبيع بنفسه ، وأما اذا قتل

العبد أو أكل الطعام ونحوه فكذاك عندنا ، سواء حصل ذلك بفعل المشتري أو أجنبي .

وقال أبو حنيفة : لا يرجع بالأرث شيهما لأنه فعل مضمون فأنشبه ما اذا باعه أو أمسكه وقاس أصحابنا على الموت والاعتاق ، وأجابوا عن البيع بعدم اليأس . وعن الامساك بدلالته على الرضا بالعيب . وأما الثانية والثالثة ، وهى ما اذا أعتقه أو وقفه ، فاتفق أصحابنا أيضا على أنه يرجع بالأرث ، ووافقنا مالك وأحمد وأبو ثور والشعبي والزهرى فيما روى عنهما فى العتق ، وروى عن شريح والحسن أنهما قالا : اذا أعتقه فقد وجب عليه .

ومحل اتفاق أصحابنا على ما اذا كان العتق بانشاء المشتري ، كما تدل عليه عبارة المصنف ، وكان متبرعا بذلك . وفى معناه انشاء وكيله . أما لو لم يكن بانشائه ، كمن اشترى من يعتق ثم اطلع على عيب ، أو كان بانشائه ولكنه كان اشتراه بشرط العتق ثم وجد به عيبا بعد العتق ، فنقل الرازمى عن ابن كج عن أبى الحسين وهو ابن القطان فى المسألة الأولى وجهين فى شراء القريب (الثانية) أنه لا أرث فى مسألة شرط العتق .

قال — يعنى ابن كج — وعندى أن له الأرث فى الصورتين ، فعلى هذا يكون قول المصنف أعتقه لأنه الغالب ، أو على سبيل المثال ، وليس المقصود به الاحتراز ، ولا يستثنى من كلامه شئ على رأى ابن كج — وهو الصحيح — وعلى رأى ابن القطان تستثنى مسألة شرط العتق والذى يترجح فى مسألة شرط العتق ما قاله ابن كج ، وأما شراء القريب فان كان مع جهل المشتري بالقرابة حين الشراء فكذاك ، وبه جزم الامام قبيل كتاب السلم ، وان علم المشتري حالة الشراء أنه قريبه الذى يعتق عليه فقد يقال : انه انما بذل الثمن فى مقابلة العتق ، وليس المال مقصودا له ، لكن الأظهر الرجوع بالأرث أيضا لأن المقصود ان كان هو العتق فبذل ذلك الثمن بكماله انما كان فى مقابلة ما يظن من البيع ، فاذا مات جزء صار المبيع الذى قصد عتقه مقابلا

لبعض الثمن غيرجع في الباقي • وأطلق الروياني في الحلية أنه لا يجب الأرض في شراء القريب ، قال : لأن المعنى في العاقد لا في العبد •

(قلت) وهذا المعنى لو سلم له يرد عليه في انشاء العتق تبرعا ، وهو يوافق على أخذ الأرض • وقد أورد الأصحاب سؤالا ، وجوابه فيما اذا أعتقه مطلقا وان كان تبرعا قالوا (فان قيل) اذا أعتقه فقد حصل له الثواب (فالجواب) أن استدراك الظلامة بالمال دون الثواب على أنه انما حصل له ثواب عبد معيب وهو دون ثواب السليم ، لقوله صلى الله عليه وسلم لما سأله أبو ذر رضى الله عنه : أى الرقاب أفضل ؟ قال : « أعلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها » رواه البخارى ، فالجزء الفائت بالعيب لم يتناوله العتق ، ولا حصل له عنه ثواب غيرجع بأرشه •

(فان قيل) فيلزمه أن يتصدق به (قلنا) ليس هو بدلا عما وقع عليه العتق ، وانما هو عن الجزء الفائت • هذا ذكره في العتق المطلق ، وهو يأتى في العتق المشروط • وأما عتق القريب فقد تبين فيه أيضا •

(فرع) يستثنى من اطلاق المصنف ما اذا منع مانع من أخذ الأرض كمسألة الحلى ، كما تقدم عن الأكثرين فيما اذا كان تالفا خلافا للقاضى حسين ، وصاحب التهذيب •

(فرع) استيلاء الجارية مانع من الرد ، وينتقل الى الأرض كما في الثلاثة التى ذكرها المصنف • ورابعها تشترك في عدم امكان النقل من شخص الى شخص مطلقا ، لكن الأول للهلاك الحسى ، والعتق خارج عن الملك وغير قابل للنقل شرعا ، والمستولدة غير قابلة للنقل ولكنها مملوكة والموقوف على الخلاف في انتقال الملك فهو بين العتق والاستيلاء •

وأما ما لا يمنع النقل من شخص الى شخص مطلقا ، فاما أن يكون مع بقاء ملك المشتري ، أو مع زواله ان كان مع زواله • وسيأتى

في كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، وان كان مع مقابله ، فقد تقدم جملة منه عند الكلام في العيب الحادث لأن منها ما هو عيب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لم يعلم بالعيب حتى أبق العبد لم يطالب بالأرض ، لأنه لم يئاس من الرد فان رجع رده بالعيب وان هلك أخذ عنه الأرض) .

(الشرح) اذا أبق العبد في يد المشتري ثم علم عيبه ، فان كان العيب القديم الذي علمه غير الابق كالعرج والعمور وغير ذلك ، ولم يكن قد أبق في يد البائع ، فهنا الابق في يد المشتري عيب حادث مانع من الرد القديم وغير مضمون على البائع ، فله الرجوع بأرض العيب القديم ، لأنه أيس من الرد بحدوث العيب في يده ، ولم تستدرك الظلامة ، فهذا لا خلاف فيه على المشهور ، ويجب تقييد كلام المصنف به .

وممن صرح به الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحامي وغيرهم ، وهو واضح وأغرب صاحب التتمة فقال : الصحيح ليس له الأرض ، لأنه يرجي أن يعود الى يده ، ويعرض الرأي على البائع في قبوله على العيب ، واستثنى العجلي وابن الصباغ من قولنا بوجوب الأرض ما اذا قال البائع : أنا أرضى به العيب الحادث ، فلو يكون للمشتري المطالبة بالأرض وظاهر هذا يقتضي أنه يتعذر على المشتري حينئذ المطالبة الآن لأنه يسقط الأرض ، والرد غير ممكن في حال الابق فيصبر حتى يعود فيرد .

لكن فيما قاله العجلي هنا نظر ، والفرق بين طلب (١) البائع ، الرد هنا وفي غيره من المواضع ظاهر ، لما فيه من ضرر المشتري هنا ، وتأخر استدراك الظلامة مع قيام موجبها ورأيت في الانتصار لابن أبي عصرون أنه ان رضى البائع برده في اباقه سقط حق المشتري

(١) بياض بالاصل فحرر ولعل السقط : « قبول » لما يفيد السياق .
(المطبعي)

من الأرض لتمكنه من الرد فهذا يقتضى أنه يرد فى الأباق ويزول به الاعتراض على المعلى وابن الصباغ وان كان العيب الذى اطلع عليه هو الأباق ويزول مثل أن يكون أبق مرة أخرى من يد البائع ، فذلك عيب قديم والأباق فى يد المشتري مسند اليه واذا كان الأباق عادة له لم ينقصه الأباق الحادث لكن المشتري لا يمكنه الرد ما دام أبقا ، ولا يجوز له الرجوع بأرشف العيب لأنه لم يئأس من رده •

قال القاضى أبو الطيب وغيره : وهذا الموضع يدل على صحة هذا التعليل ، يعنى أنه لو كانت العلة فى وجوب الأرض هو أنه لم يستدرك الظلامة كما قال أبو اسحاق لرجع بالأرشف ههنا ، لأنه يستدرك الظلامة ، وهذا الالتزام يدل على أن أبا اسحاق يوافق على أنه لا يرد ولا يرجع بالأرشف ما دام أبقا ، وكذلك قال المحاملى : انه لا خلاف فيه بين أصحابنا ، ولكن صاحب التتمة حكى وجها مقابلا كما تقدم عنه أنه الصحيح عنده بأن له أخذ الأرض ، وعلة بعدم استدراك الظلامة ، وأطلقه فيما اذا اطلع على عيب العبد بعد اباقه من غير تفصيل بين أن يكون العيب القديم أبقا أو غيره ، وان وجد به عيبا قديما غير الأباق وقد كان أبق فى يد البائع لم يكن له أن يرده ما دام أبقا ولا يرجع بالأرشف هكذا أطلق القاضى أبو الطيب وهو يشمل ما اذا كان المشتري قد رضى باباقه ، وهو صحيح فان الأباق الطارىء لا يكون عيبا جديدا ، ولا يمنع من الرد بغيره •

واتفق الجميع على أنه اذا رجع بالعيب وان هلك فى الأباق رجع على البائع بأرشف العيب ، لا يختلف المذهب فى هذا اذا أبق فى يد المشتري ، فان أبق فى يد البائع أو ضاع فى انتهاب العسكر قبل القبض غفى وجه ضعيف أنه يفسخ العقد كالتلف والصحيح أنه لا يفسخ لبقاء المالية لكنه عيب مثبت للخيار فيكون للمشتري الرد به ، واطلاق المصنف يقتضى أنه لا يتمكن من الرد فى مدة الأباق وقد تقدم من ابن الرفعة أن الأباق قبل القبض عذر فى تأخير الرد وأنه لو أسقط حقه منه لأسقط على الصحيح ، وذلك يقتضى جواز الرد فى مدة الأباق وهو صحيح ، فانه لم يدخل بعد فى ضمان المشتري ، ولا ترد هذه

المسألة على المصنف لأنه انما تكلم فيما بعد القبض بدليل حكمه بوجوب الأرش عند الهلاك •

قال الرويانى : فلو قال البائع للمشتري : لا تفسخ هأنا آتيك به فلا خيار له • ولنرجع الى الكلام فى الابق بعد القبض •

(اعلم) أن الأصحاب أطلقوا ههنا أنه لا يتمكن من الرد فى مدة الابق فان كان المراد أنه لا يتمكن من الفسخ — وهو الظاهر من كلامهم — فما الدليل على ذلك مع وجود العيب ، وظاهر كلامهم الذى تقدم فى الثوب أنه لا يشترط حضور العين ، وأنه متمكن من التلطف بالفسخ فى غيبة المشتري والحاكم والشهود ولكن هل يجب عليه ذلك ؟ فيه خلاف ، وان كان يشترط العين للمطالبة بالثمن فلو أن المشتري هنا فى مدة خيار الابق تلفظ بالفسخ لم ينفذ اذا تلفظ به وحده •

(فان قلت :) هناك له فائدة اذا صدقه الخصم ، وههنا لا فائدة فيه (قلت) فائدته خروجه عن ملكه ويبقى مضمونا عليه ضمان يد لا ضمان عقد ، حتى اذا تلف يضمنه بقيمته ، ويسترد الثمن ، وقد يكون الثمن أكثر من القيمة ، فينبغى أن يتمكن من الفسخ أو أن يشهد عليه به ، وأن يرفع ذلك الى الحاكم حتى يثبتته عنده ليطالب بالثمن عند عود العبد ، وان كان المراد أن الابق عذر فى التأخير لعدم امكان الرد صورة ، فلا عليه فى أن يفسخ عند الحاكم أو الشهود ، ويصير قبض الثمن موقوفا على عود العبد كما لم يجعلوا غيبة العين مع القدرة عليها عذرا ، فما الدليل على جعل الابق عذرا ؟ والأقرب من حيث البحث أن يتمكن من الفسخ وان تأخر طلب الثمن ، وان كان ذلك بعيدا من عبارتهم •

فان قالوا : لا تمكن المطالبة عند الحاكم بالثمن المقبوض الا مع تسليم المعيب فعند غيبته تتعذر الدعوى ، لأنها لا تبقى ملزمة فنقول فينبغى أن يشهد ، وأيضا فلو كانت العين غائبة فى بلد آخر أو عن مجلس الحكم ليس نوجب عليه المبادرة الى الحاكم بالفسخ قبل أن يردّها ، وممن ننبه عليه فى ذلك أن الابق اذا تكرر فقد تنقص القيمة

أكثر مما اذا صدر مرة واحدة ، فالعبد الذى أبق فى يد البائع مرة ثم أبق فى يد المشتري يجب أن يكون اباقه الثانى عيبا جديدا اذا كان منقصا من القيمة نقصانا أكثر من الأول ، فلا كان مانعا من الرد .

(فان قيل) بأن الابق الثانى مسند الى الأول أثبت له عادة (قلنا) يجب أن يخرج على أن العيب الحادث اذا استند الى سبب قديم هل يكون من ضمان البائع ؟ أو من ضمان المشتري ؟ (فان قلنا) بالثانى يمتنع الرد هنا ، ويرجع بأرث الأول ، وقد فرض القاضى حسين ذلك فيما اذا كان الابق فى يد المشتري لا يزيد فى نقصان القيمة بأن كان قد تكرر ذلك منه فى يد البائع ، واشتهر به ، يعنى فلا يؤثر تكرار اباقه بعد ذلك ، وهذا يجوز حمل كلام من أطلق عليه ، وفيه عدم ملاحظة كونه من آثار الابق السابق ، لأن ذلك لا يتحقق (والأولى) تبقيّة كلام الأصحاب على اطلاقه ، ومستندهم اسناد الثانى الى الأول ، وقلنا : ما أسند الى سبب قديم فهو من ضمان البائع .

(فسرع) فى مذاهب العلماء فى هذه المسألة ، اذا اطلع بعد الابق ان كان أبقا قال مالك : يأخذ المشتري بالثمن ولا يصبره أن لا يجده ، وقال سفيان الثوري : لا يقضى على البائع حتى يموت أو يردده وهذا كقولنا (١) .

واستدل أصحابنا بأنه لا مطالبة له فى حالة الابق فان الابق متردد بين البقاء والتلف فان كان باقيا استحق الرد واسترجاع الثمن ، وان كان تالفا استحق أخذ الأرض ، وما جهل استحقاقه لم تصح المطالبة به .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان لم يعلم بالعيب حتى باعه لم يجز له المطالبة بالأرث ، قال أبو اسحاق : العلة فيه أنه استترك الظلامة فغبن كما

(١) بياض بالأصل نحرر ولعل السقط : « التلف من ضمان البائع » ، والله اعلم .

(الطيعي)

غبين ، فزال عنه ضرر العيب ، وقال أكثر أصحابنا : العلة فيه أنه لم يئأس من الرد لأنه قد يرجع إليه فيرد عليه .

(الشرح) إذا زال ملكه عن المبيع زوالا يمكن عوده . ثم علم بالعيب فلا خلاف أنه لا يرد في الحال . وأما الرجوع بالأرث فان زال بعوض كالبيع كما مثل المصنف فقولان (أشهرهما) وهو الذي قطع به المصنف في هذا الكتاب وشيخه أبو الطيب وشيخه أبو حامد والماوردي والمحاملي وابن الصباغ والجرجاني والشاشي وابن أبي عمرون من العراقيين والقاضي حسين والفوراني والبعثي من الخراسانيين أنه ليس له المطالبة بالأرث ، وبه قال جمهور العلماء ، وهو الذي نص الشافعي عليه في المختصر ، فقال : ولو باعها أو بعضها ثم علم لم يكن له أن يرجع على البائع بشيء ، واختلف أصحابنا في علة هذا القول فقال أبو اسحاق وابن الحداد : لأنه استدرك الظلامة ، وروج كما روج عليه ، وتخلص منه ونسبه ابن الصباغ الى غيرهما أيضا .

وقال ابن أبي هريرة : لأنه ما أيس من الرد غربما يعود اليه . ويتمكن من رده وهذا أصح المعنيين عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي ، وقال الرافعي : ورأيته منصوصا عليه في اختلاف العراقيين .

(قلت) وهو كذلك في باب الاختلاف في العيب ، قال الشافعي : إذا اشترى الجارية أو الثوب فباع نصفها ثم ظهر منها على عيب لم يكن له أن يرد النصف ، ولا يرجع على البائع بشيء من نقص العيب ، يقال له : ردها أو احبس ، وانما يكون له أن يرجع بنقص العيب إذا ماتت أو اعتقت فصار لا ترد بحال أو حدث عنده بها عيب فصار ليس له أن يردها عليه بحال ، فأما إذا باعها أو باع بعضها فقد يمكن أن يردها فيلزم ذلك البائع لم يكن له أن يردها . ويرجع بنقص العيب كما لا يكون له أن يمسكها بيده ويرجع بنقص العيب انتهى : وسيأتي من نصح في البويطي ما يشهد لقول أبي اسحاق في المعنى الذي علل به ، واعترضوا على علة أبي اسحاق بأن غير البائع له لا يتخير بعيبه لغيره .

(القول الثانى) وهو من ترجيح ابن سريج له الأرش ، وبه قال ابن الحسن وابن أبى ليلى ، وهو الأصح عند المالكية ، وهذا القول حكاه المصنف فى التنبيه فقال : وقيل يرجع ، وليس بشئ ، وهذه التضعيفة تقتضى أنه وجه ، فان عنده أن الأقوال المخرجة لا تنسب الى الشافعى ، وهذا مخرج خرجه ابن سريج • والناقلون له قليل . منهم الامام كما سنحكيه عنه ، والغزالى^(١) وحكى ابن داود أن صاحب التقريب حكاه عن أصحابنا وقال الراغى : فى رواية البويطى ما يقتضيه : قال ابن الرفعة : وهو صحيح اذ فى مختصره اذا اشترى الرجل العبد فباع نصفه ثم أصاب عيبا فليس له أن يرجع بما نقص العيب ، الا أن يرده جميعا وقد قيل : يخير البائع فاذا أراد أن يأخذ النصف الذى فى يديه فيكون شريكا له به للمشتري ممن اشترى منه فذاك ، والا رجع عليه بقيمة العيب ، وهو أحب الى انتهى •

(قلت) وقد رأيت النص المذكور فى مختصر البويطى فى باب المتاع يشترى فيوجد به العيب ، ورأيت فيه أيضا قبل ذلك فى باب القراض ، واذا اشترى الرجل سلعة وقبضها فاشرك فيها رجلا فان أصاب بها عيبا فأراد أحدهما الرد ولم يرد الآخر لم يجب ذلك على البائع لأنه باع عبده مجموعا ، فليس له أن يبعضه عليه . ويكون للشريك الرد على الذى أشركه ، فاذا رد عليه فله أن يرده ، وان أبى الشريك أن يرده فله أن يرجع على البائع بنصف قيمة العيب • وقيل : لا يرجع بشئ انتهى •

وهذا النص يقتضى أنه لا يرجع عند بيع الجميع ، لأنه حكم عند امتناع الشريك من الرد بنصف الأرش بأنه لا يرجع بشئ على القول الآخر ، فلو كان عند بيع الجميع ثبت له الأرش كاملا ، لكان ههنا أولى ، فلما لم يحكم الا بمقدار ما بقى فى يده دل على أنه لا أرش للخارج عن يده • وهذا النص ذكره ابن سريج مع نصه الذى فى مختصر المزنى لاختلافهما فيما اذا باع بعض العين ، وتحصلنا

(الطبع)

(١) بياض بالاصل فحرر •

للساغى فيما اذا باع نصف العين على قولين (أحدهما) أنه يطلب
بنصف الأرض (والثاني) لا يطلب بشيء •

وأما النص الآخر الذى تقدم عن البويطى ففيه قولان أيضا
(أحدهما) أنه لا يرجع بشيء كالقول الذى هنا (والثاني) فيه احتمال ،
وهو قوله : رجع عليه بقيمة العيب ، وهو أحب الى ، يحتتمل أن
يريد بقيمة العيب فى النصف الباقي فى يده ، فيكون موافقا للنص
الآخر الذى فى البويطى ، وحيث لا يدل على أنه اذا باع الجميع
يرجع بالأرض ، بل يدل على أنه لا يرجع • ويؤيد هذا أنه اذا قال :
اذا أراد البائع أن يأخذه ويكون شريكا للمشتري فذاك • وظاهر ذلك أنه
يأخذه بنصف الثمن وأنه لا يعطى أرضا عن النصف المبيع ، فهذان
الأمران يدلان على تأويل نصه فى البويطى على هذا ، جمعا بين
الكلامين ، فلا يكون فيه ما يقتضى القول الذى خرج ابن سريج
كما للرافعى وابن الرغفة • بل يكون فيه النص الآخر شاهدا على أحد
القولين المذكورين فيه لما قاله أبو اسحاق من التعليل باستدراك
الظلامة ، ولهذا أوجب أرض النصف فقط •

ولو كان اليأس هو العلة لما وجب شيء لامكان الرد ، أو لوجب
الجميع ان كان هذا الامكان غير معين لبعده ، على أن النص الذى
فى البويطى فى باب المتاع يسيرا فيؤخذ به العيب هو منقول من اختلاف
العراقيين ، والموجود فيه فى الأم من قول الشافعى وأبى حنيفة أنه
لا يرجع بشيء ، ومن قول ابن أبى ليلى : أنه يرد بما يده على البائع
بقدر ثمنه ، فان كان قوله فى البويطى : وقيل يجبر البائع • المراد
به قول ابن أبى ليلى ، فلم يبق فى النص متمسك للتخريج ولا لاثباته
قولا للشافعى ، ولا أعلم من عادة البويطى فعل مثل ذلك فى النقل
عن العلماء الذين ينقل عنهم الشافعى ، أو أنه لابد من أن يصرح
بأسمائهم ، وبالجمله فقد تقدم تأويله وثبوت الخلاف فى النصف ،
تحقق بالنص الثانى مع ما فى مختصر المزنى •

أما فى الكل فالمنصوص عليه أنه لا يرجع بالأرض ، وفيه الوجه
المنقول عن ابن سريج وعن حكاية صاحب التقريب • ولا أدري بماذا

خرجه ابن سريج . وقد رأيت في البويطى ما يمكن أن يكون سنداً للرافعى قبل باب الشركة . قال من كلام الشافعى : وان اشترى سلعة وبها عيب ثم حدث عنده عيب آخر لم يرد عليه أبداً ويرجع بقيمة العيب من قبل أنه لا يقدر أن يرد مثل ما أخذ أبداً لما حدث عنده ، فان اشترى [سلعة] وبها عيب ثم حدث عنده عيب آخر . ثم صح العيب الذى حدث عنده فله أن يرده . وقال أبو يعقوب وهو البويطى — ان باعه فكذلك يقتضى أن البيع كحدث عيب ، فليأخذ الأرض ، وهذا ظاهره وهو يقتضى الوجه الذى خرجه ابن سريج ، كما قال الرافعى .

لكن هل ذلك من كلام البويطى نفسه أو عن الشافعى ؟ فيه نظر . والظاهر الأول والامام حكاة عن حكاية صاحب التقريب قولاً ، لكن فيما اذا رضى المشتري الثانى بالعيب وقال ان القياس الرجوع ، واقتضى كلامه أننا اذا قلنا بعدم الرجوع اذا رضى المشتري الثانى فقبل اطلاعه ورضاه أولى ، وان قلنا بالرجوع اذا رضى فقبل اطلاعه وجهان ، كما اذا زال بالهبة ، وأولى بعدم الرجوع لأن رد المشتري الثانى بالعيب على المشتري الأول ممكن ظاهر الامكان ، يطرد على نظم المعاملة ، واذا كان الرد أمكن كان الرجوع بالأرض أبعد ، والقياس عند الامام فيما اذا زال بالهبة أنه يرجع بالأرض ، ونسبه الى مذهب طوائف من المحققين وبما ذكرناه ظهر لك أنه ينبغى أن يقال فى المسألة طريقتان :

(أحدهما) القطع بعدم الرجوع بالأرض كما هو مقتضى النص وقول الأكثرين (والثانية) حكاية الخلاف ، ثم هو على الترتيب المتقدم ، وقد قال الغزالى : انه اذا اطلع على العيب بعد أخذ الشفيع فلا رد ولا أرض ، لأنه روج على غيره . وذلك يقتضى أن نقول بمثله فى البيع ، كما قال الأكثرون والنص ، ولكنه هنا خالف وقال : ان الأصح وجوبه ، وما قاله فى الشفعة أولى لموافقته للأكثرين .

(فائدة) قال الغزالى والامام قبله : ان الخلاف المذكور فى الرجوع بالأرض يقرب من القولين فى أن شهود الزور اذا شهدوا على انسان بمال ورجعوا بعد الحكم هل يغرمون ؟ على قولين ولا خلاف ، لكنهم يغرمون فى العتق والطلاق لأنه لا مستدرك لهما ، والحيلولة فى

المال ممكنة الزوال بأن يعترف المشهود له يعنى وامتناع الرد هنا ممكن الزوال بعود الملك ، فيكون كالشهادة في الأول ، والامام خرج بالبناء عليه ، والصحيح أن الشهود يغرمون ، ومقتضى ذلك أن الأصح وجوب الأرش كما صححه الغزالي هنا . وقال الامام في الصورة المتقدمة انه القياس ، لكن الأكثرون والنص وتصحيح الغزالي في الشفعة على خلافه .

(فرع) على تخريج ابن سريج : اذا أخذ الأرش ثم رد عليه مشتره بالعيب فهل يرده مع الأرش ويسترد الثمن ؟ غيه وجهان .

(فائدة) اذا عرفت ذلك فقول المصنف لم يجز له المطالبة بالأرش يشمل ما اذا اطلع المشتري الثاني على العيب ورضى به ، وما اذا لم يطلع وهو الأظهر في الصورتين ، الموافق لمقتضى النص ، وفي كل منهما الخلاف ، لكن بالترتيب على ما اقتضاه كلام الامام ففي الثانية أبعد لقرب الامكان .

وينبغي أن يقال في الترتيب هكذا : انا ان علنا باستدراك الظلامة فلا يرجع بالأرش بعد بيعه الا بأن يرد عليه ، وان علنا باليأس واليأس الحقيقي لم يحصل في الصورتين ، لكن حالة رضا المشتري الثاني قربية من اليأس ، ليعود العود مع أنه ان عاد يعود بملك جديد ، فجرى فيها الخلاف ، وقيل الاطلاع ليس العود بعيدا ، ويتوقع على قرب أن يعود بالرد بالملك الأول فكان الخلاف فيها أقوى ، والقياس في حالة رضا الثاني أو يرجع الأول بالأرش ، لأنه لا يلزم من تبرع الثاني بسقوط حق الأول .

ومقتضى النص وقول الأكثرين عدم الرجوع في الصورتين ، وانا لا نقول بسقوط حق الأول ، ولكن يتربح عوده أنه غيرده أو فواته بالكلية فيأخذ الأرش . وقال الماوردي : انه اذا رضى !!ثاني بالعيب استقر سقوط الأرش والرد ، وهذا الذي قاله انما يتجه على قول أبى اسحاق أو يؤول على أنه يستقر سقوطه ما دام زائلا عنه . وقد خرج من كلام المصنف ما اذا باعه بعد العلم بالعيب فانه يبطل حقه ،

لأن ذلك رضا بالعيب • وأخبر كلام المصنف أن فرض المسألة ما دام المبيع زائلا عن ملك المشتري ، وهو باق في ملك المشتري بحالة يمكن عوده ، فلو فقد شيء من هذه الأمور ، فسيأتى في كلام المصنف أن شاء الله تعالى •

وفهم من كلامه أيضا أن إطلاعه على العيب وسكوته عليه وهو في ملك المشتري الثانى لا يبطل حقه ، حتى لو كان باعه بشرط الخيار وعلم العيب في زمان الخيار فلم يفسخ حتى فسخ المشتري أو رده بالعيب له رده على الأول ، وبترك الفسخ لا يبطل حقه من الرد قاله صاحب التهذيب (قلت) وفيه نظر إذا كان في زمان الخيار للبائع أو لهما ، فإنه متمكن من الرد ولا سيما إذا قلنا بأن الملك له •

(فرع) اشترى ثوبا فقطعه أو صبغه ثم باعه ثم علم بعيبه ، فلا يرجع بأرش العيب ، لأنه استدرك الظلامة ولم يئأس من الرد ، لأنه ان قبله البائع مع القطع أو الصبغ أعطاه قيمته • قاله القاضى أبو الطيب وغيره عن ابن سريج •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان رد المشتري الثانى بالعيب على المشتري الأول رده على البائع لأنه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة) •

(الشرح) هذا لا خلاف فيه ، وهو معلل عند الأكثرين بالمعنى الأول • وعند أبى اسحاق الثانى ، واتفق الأصحاب أنه لا يلغى الى زوال الملك وعوده ههنا وسببه أن الرد ينتزى الجهة المتجددة ويرد الملك الذى كان ثابتا قبلها ، فليس ملكا جديدا وسبب الاختلاف في الرد بعد زوال الملك وعوده في الصورة التى سنذكرها عن يقول بالمأخذ المذكور أنه يعتقد العائد ملكا جديدا ، وليس الرد كذلك • وعن أبى حنيفة أنه ان رده بقضاء القاضى ارتفع العقد من أصله ، وللمشتري الرد على الأول ، وان لم يرد بالتراضى ارتفع في الحال ، فلم يكن له الرد • قال الفورانى : وعندنا كيفما كان يرتفع العقد من أصله •

(قلت) وهذه العبارة بظاهرها منكراً على الصحيح من المذهب ، ولكن بطريق الجواب أن يقال (وان قلنا) بأن العقد يرتفع من حينه فالحائد هو الملك الأول المستفاد من ذلك الشراء ، لأن الشراء الثانى انتقض . والرد مفسخ لا سبب جديد لملك آخر .

وقد خالفنا أبو حنيفة وقال : اذا رده المشتري الثانى بالعيب لا يرده الأول بعد القبض ، الا أن يرد بحكم الحاكم ، وذلك على ما تقدم من أصله ، وهو يجعل الرد بدون الحاكم كالأقالة .

(فرع) ليس للمشتري الثانى رده على البائع الأول ، لأنه ما تلقى الملك عنه ، هكذا أطلق البغوى والرافعى وهو الصحيح . وفيه وجه آخر أنه اذا غاب البائع الثانى أو مات وكان الثمن من جنس الثمن الأول أن له الرد على البائع الأول ، لأن مال الغائب راجع اليه ، ولو كان حاضرا ورد عليه فالظاهر من حاله أنه يرد عليه أيضا . حكاه صاحب التتمة وقال صحيح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان حدث عند الثمانى عيب فرجع على الأول بالأرث رجوع هو على بائعه لأنه آيس من الرد ولم يستدرك الظلامة) .

(الشرح) جماعة من الأصحاب أطلقوا هكذا كما أطلقه المصنف أنه اذا رجع المشتري الثانى على الأول بالأرث رجوع الأول على بائعه لأنه آيس من الرد ، أى بحدوث العيب ، وبأنه لم يستدرك الظلامة لأخذ الأرث منه ، ومن جزم بذلك كما جزم المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى . وقال ان ذلك على التعليلين معا ، وأما الرافعى رحمه الله فإنه قال على القول المشهور المخالف لتضريح ابن سريج : انه اذا حدث عيب فى يد المشتري الثانى ثم ظهر عيب قديم ينظر ان قبله المشتري الأول مع العيب الحادث خير بائعه فان قبله فذاك ، والا أخذ الأرث منه .

وعن أبى الحسين — وهو ابن القطان — أنه لا يأخذه ، واسترداده رضا بالعيب .

وان لم يقبله وغرم الأرض للثاني غنى رجوعه بالأرض على بئعه وجهان (أحدهما) لا يرجع به ، قال ابن الحداد : وهو الذى قاله الغوراني والمأوردى ، لأنه لو قبله وما قبله منه بئعه فكان متبرعا بفراصة الأرض (وأظهرهما) يرجع لأنه ربما لا يقبله بئعه فيتضرر قال الشيخ أبو على : ويمكن بناء الوجهين على ما سبق من المعنيين ان علنا بعلة أبى اسحاق واذا غرم الأرض زال استدراك الظلامة فيرجع ، وان علنا بعلة الأكثرين وابن أبى هريرة فلا يرجع ، لأنه ربما يرتفع العيب الحادث فيعود اليه •

قال الشيخ أبو على : وعلى الوجهين لا يرجع ما لم يغرم للثاني ، فانه ربما لا يطالبه بشيء فيبقى مستدركا للظلامة ، وهذا ما ذكر الراعى رحمه الله . وأصل الترتيب فى تعليقة القاضى حسين والنهذيب وقطع القاضى بموافقة ابن الحداد فى عدم الرجوع ، والبقية من زيادات الراعى رضى الله عنه ، وأورد ابن الرقعة على بناء الشيخ أبى على أنه لو كان كذلك لقال ابن الحداد بالثاني وهو قد قال بالأول فامتنع التخريج •

قال الراعى : انه على قول ابن سريج الذى خرج للمستترى الأول أخذ الأرض من بئعه ، كما لو لم يكن يحدث عيب ، ولا يخفى الحكم بينه وبين المستترى الثانى • انتهى •

(وأقول) بعون الله تعالى : ما ذكره الراعى والبغوى من الترتيب مبنى على ما تقدم عنهما فى أن الواجب عند حدوث العيب عرض الرأى على البائع ، فان قبله والا انتقل الى الأرض فالحق لا يثبت للمستترى فى الأرض حتى يستنع البائع من قبوله ، فلا جرم سلك هذا الترتيب هنا وحسن جريان الخلاف اذا لم يقبله وقول ابن الحداد بعدم الرجوع وتعليقه بأنه متبرع بفراصة الأرض ، ولا ينافى هذا قوله بأن العلة عدم استدراك الظلامة لأنه اذا جعله بفراصة الأرض متبرعا كما صرح به الراعى عنه ، فاستدراك الظلامة باق لا يرتفع بتبرعه •

وأما انقول بالرجوع المقابل لقول ابن الحداد فى جعله متبرعا وان

وافقه في أصل العلة ، وأما على القول بأن العلة في الرجوع اليأس — فإن كان المراد اليأس من الرد على سبيل الالتزام — فإن اليأس هنا غير موجود ، لما قاله الشيخ أبو علي من إمكان ارتفاع الحادث ، وعوده إليه ، فيمكن من رده بالالتزام حينئذ وربما يعود إليه مع العيب الحادث ورضا البائع بقبوله ، فيتمكن المشتري من الرد على سبيل المراضاة ، وهو الذي وجب له ابتداء على رأى الرافعي ، فإمكان الزام الرد موجود أن كان هذا الامكان معتبرا لاحتمال ارتفاع الحادث وعوده ، وإمكان الرد بالتراضي موجود باحتمال عودته ، فلم يجعل الرافعي هنا الأصح أنه يرجع بالأرث ؟ وسكت عن قول الشيخ أبي علي ، ثم قوله عن الشيخ أبي علي : انه على الوجهين لا يرجع ما لم يغرم للثاني هذا انما يظهر على التعليل باستدراك الظلامة .

أما اذا عللنا باليأس فليس لقربته للثاني أثر ، فإن إمكان الرد بالتراضي لا ينقطع بها وإمكان الرد بالالتزام مع العيب الحادث ليس ممكنا قبلها ، وعلى تقدير ارتفاع العيب الحادث يمكن قبلها وبعدها فلا معنى اتقييد ذلك على اعتبار اليأس بالقربة بل ينبغي أن كان له الرجوع رجوع مطلقا ، وإن لم يكن له الرجوع لم يرجع مطلقا وقد صحح أنه له الرجوع فليرجع ، وإن لم يغرم على اعتبار اليأس وكلام الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب في تعليلهما يقتضي باطلاقه أنه اذا حصل به نقص عند الثاني فلتأول الرجوع بالأرث على اعتبار اليأس وهذا مما يدل على أن الوجهين المذكورين عن ابن الحداد وغيره مفرعان على قولنا : ان العلة استدراك الظلامة وعلى ذلك يصح قول الشيخ أبي علي : انه على الوجهين لا يرجع ما لم يغرم ، أي على هذين الوجهين المفرعين على الوجه الضعيف ، لكن الذي ذكره أولا من البناء مشكل .

وظاهر كلام الشيخ أبي علي أن الصحيح عنده امتناع الرجوع ان كان يوافق الأكثرين على التعليل باليأس ، وهو مخالف لما قاله المصنف وغيره من العراقيين والذي قالوه هو الصحيح بناء على ما قدمته عن الأصحاب أن الواجب عند حدوث العيب هو الأرث ابتداء ، فإنه يقتضي وجوب الأرث هنا مطلقا غرم أو لم يغرم ، وأما على ما تقدم

عن الراغمي وصاحب التهذيب أن الواجب الرد إلا أن يمتنع البائع
فينتقل إلى الأرض فيظهر أنه لا يرجع مطلقا ، غرم أو لم يغرم حتى
يحصل اليأس •

واعلم أن تعليل المصنف والأصحاب الذين ذكرتهم موافقين له في
هذه المسألة باليأس يبين لنا أن المراد اليأس عن الرد على سبيل الالتزام ،
وأن توقع زوال العيب الحادث غير معتبر •

(فرع) هذا الذي ذكرناه كله ما دام المبيع باقيا ، أما لو تلف
بعد حدوث العيب أو دونه فآخذ الثاني الأرض من الأول رجوع الأول على
بائعه بلا خلاف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان تلف في يد الثاني وقلنا بتعليل أبي اسحاق لم
يرجع لأنه استدرك الظلامة وان قلنا بتعليل غيره رجوع بالأرض
لأنه قد أيس من الرد) •

(الشرح) إذا تلف في يد المشتري الثاني أو كان عبدا فاعنته ،
أو أمة فاستولدها ، أو وقف المبيع ، فقد حصل اليأس من الرد ،
فيرجع على الأصح ، وعلى تعليل أبي اسحاق لا يرجع ، لأنه بالبيع
استدراك الظلامة ، والتخريج على المعنيين المذكورين واضح ، وممن
صرح بالمسألة كذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب ، وصورة
المسألة إذا تلف في يد الثاني من غير حدوث عيب ، أو مع حدوثه ،
ولكن لم يغرم المشتري الأول الأرض للمشتري الثاني ، أما لأنه أبراه
من الأرض ، أو لم يبرئه ، ولكن لم يغرم بعد ، وقد صرح الراغمي
بالمسألتين الأخيرتين وقال : ان عللنا باستدراك الظلامة فلا يرجع ما لم
يغرم ، وان عللنا باليأس يرجع ، أما إذا غرم الأرض للمشتري الثاني
فان المشتري الأول يرجع بالأرض على بائعه بلا خلاف لوجود اليأس
وعدم استدراك الظلامة • صرح به القاضي حسين والراغمي •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان رجع المبيع اليه ببيع أو هبة أو بارث لم يرد على تعليل أبى اسحاق لأنه استدرك الظلّامة ، وعلى تعليل غيره يرد لأنه أمكنه الرد) •

(الشرح) طريقة العراقيين والجمهور البناء في هذه المسائل وأخواتها على المعنيين المذكورين كما بناء المصنف ، ومن جملة أمثلة ذلك أن يرجع اليه بالاقالة أو الوصية ، ويقتضى البناء المذكور أن الأصح أن له أن يرد ، وهو كذلك ، ولأجل ذلك جزم به في التنبيه ، ويزداد في حالة رجوعه بالمبيع نظر آخر وهو أنه ان لم يكن علم بالعيب قبل شرائه ثم علم به بعد الشراء الثاني فله الرد قطعاً ولكن الخلاف فيمن يرد عليه ، فعلى قول أبى اسحاق لا يرد على الأول ، بل على الثاني فقط ، وعلى الأصح له الرد عليهما ، ان شاء رد على الأول ، وان شاء رد على الثاني، واذا رد على الثاني فله رده عليه ، وحينئذ يرده هو على الأول •

وقيل : لا يرده على الثاني لأن فيه تطويلاً ، بل يرد على الأول ، كذا حكاه وقيل لا يرد على الأول بل يرد على الثاني لأنه الأقرب ، والرد عليه ممكن بخلاف ما اذا رجع بالهبة ونحوها ، حكاه الامام ، وان كان المشتري الأول حين الشراء من الثاني عالماً بالعيب لم يكن له أن يرد على الثاني ، ورده على الأول يبنى على المعنيين ، والصحيح الرد •

وقال القاضى حسين : ليس له الرد ، لأنه باقدامه على الشراء مع العلم بالعيب صار راضياً به ، وقد تقدم عنه ما يشبه ذلك ، والذي قاله هو القفال على ما نقله الرويانى • وقال : أنه الصحيح وان سائر الأصحاب لم يفصلوا هذا التفصيل •

وأما الاقالة فقتال القاضى أبو الطيب وابن الصباغ : انها تقبل الفسخ • واختار الرويانى والراهمى بناءها على أنها بيع أو فسخ (فان قلنا) انها بيع أو قلنا بما اختاره القاضى أبو الطيب من جواز

فسخها احتمل أن يأتى فيها على الأوجه الثلاثة (وان قلنا) فسخ ولا يقبل
الفسخ لم يتجه ذلك فيه •

وأما بقية طرق العود من الهبة ونحوها فلا تأتى فيها هذه الأوجه ،
بل تتخرج على المعنيين فقط ولا أظن يأتى فيها قول النقاضى فى حالة
العلم أيضا لعدم العوض وقد سلك الامام والغزالى فى بناء المسائل
المذكورة غير الذى سلكه المصنف والجمهور فجعلنا مأخذ الخلاف فى
ذلك أن الزائل العائد بجهة أخرى هل هو كالذى لم يزل أو كالذى لم
يعد ؟ وفيه جوابان مأخوذان كما يدل عليه كلام الشيخ أبى محمد
فى السلسلة فى باب التفليس من قولين منصوصين للشافعى إذا قال
لعبده : إذا جاء رأس الشهر فأنت حر ، ثم باعه ، ثم اشتراه ، ثم
جاء رأس الشهر ففى العتق قولان ، وهما يشبهان الخلاف أيضا فيما
إذا علق طلاق زوجته بصفة ، ثم أبانها ، ثم جدد نكاحها ، ثم وجدت
الصفة ، وهذا أصل تخرج عليه مسائل •

(منها) لو أفلس بالثمن وزال ملكه عن المبيع وعاد هل للبائع
الفسخ ؟ (ومنها) لو وهب لولده وزال ملك الولد وعاد للأب الرجوع
(ومنها) إذا زال ملك المرأة عن الصداق ، ثم عاد اليها وطلقها زوجها
قبل الدخول ؟ •

(ومنها) فى هذا الباب إذا زال الثمن عن ملك البائع وعاد ، ثم
رد المشتري المبيع بعيب ، فهل يتعين لحق المشتري ؟ فيه طريقان
(أحدهما) تخريجه على الخلاف (والثانية) القطع بأنه كالذى لم يزل ،
لأنه ليس مقصودا بالرد ، والصحيح من ذلك كله فى هذه المسائل
أنه كالذى لم يزل إلا الهبة ، فالصحيح فيها أنه كالذى لم يعد •

(وأعلم) أن طريقة المصنف والجمهور فى البناء لا اشكال فيها ،
وطريقة الامام المذكورة يحتاج فيها الى الفرق بين هذه الأبواب ،
ثم المسائل المذكورة أعنى فى عود المبيع بالمبيع والهبة والارث والاقالة
ليست على وثيرة واحدة ، فان الهبة والمبيع ملك جديد قطعا ، والارث
— وان كان جديدا — لكنه اذا جعلنا الوارث يعنى على حول الموروث كان

ذلك هو الملك الأول ، والاقالة نسخ ، فالحائد بها هو الملك الأول ،
وكان ينبغي أن لا يجرى الخلاف فيها كما لو رجع بالرد بالعيب .

وقد اعتذر بعضهم عن هذا بأنها وإن كانت غسقا فهي تشبهه
بالتبع لأجل التراضى . ولهذا يرد على طريقة القاضى أبى الطيب
وهو اعتذار حسن ان سلم به ما قاله القاضى أبو الطيب ، وقد تقدم
أن الرويانى اختار خلافة ، وبنائها على أنها غسخ أو بيع ، وطريقة
المصنف والجمهور سائلة عن الاعتراض أو تكون المسائل كلها فى درجة
واحدة لا ترتب فيها .

نعم الاقالة لابد من الاعتذار المذكور فيها ليفرق بينها وبين الرد
بالعيب عند الجميع ، ثم ان القاعدة المذكورة التى بنى الامام عليها
لم يلاحظوها فى كل مكان ، ألا ترى أنه لو باع النصاب فى أثناء الحول ،
ثم استرده بسبب جديد ، لم يقل أحد بأنه كالذى لم يزل حتى تجب
الزكاة فى ذلك الحول وغير ذلك من المسائل فما الضابط فى جريان
الخلاف المذكور ؟ وما الداعى الى أن يجعله كالذى لم يزل ؟ أو كالذى لم
يعد ؟ ونحن نقطع بأنه زال وعاد ، فلا جرم كانت طريقة الجمهور
أقوم وأدخل فى المعنى ، ويحتمل أن يكون البناء الذى ذكره الامام
مختصا بالتفريق على اعتبار اليأس ، أى ان قلنا العلة استدراك
الظلامة لم يرد ، وان قلنا العلة اليأس تبنى على الزائل العائد ، وعلى
الجملة الصحيح جواز الرد ، وخالف الغزالى فى الخلاصة فجعل الصحيح
المنع .

(فرع) اعلم بأننا اذا قلنا : الزائل العائد كالذى لم يعد كما
صححه الغزالى لم يبق لنا بعد بيع المشتري الأول طريق يتوقع بها
العود والرد ، الا أن يرد المشتري الثانى فان فرض اطلاعه على ذلك
العيب ورضاه انسد طريق الرد ، وحينئذ يتعين وجوب الأرض عند
القائلين باعتبار اليأس كما قال الغزالى ، لكنه عمم مع رضا الثانى
ودونه . وكلا الأمرين ضعيف ، لأننا نمنع أن الزائل العائد كالذى لم
يعد . وأما الماوردى رحمه الله فانه قال : اذا رضى البائع بالعيب
يستقر سقوط الأرض والرد ، وهذا انما يستقيم على قول أبى اسحاق ،
أما على الصحيح فلا يستقيم سقوط الرد ، وعلى رأى الامام والغزالى

لا يستقيم سقوط الأرض ، وقد ذكرت ذلك عن الماوردي فيما مضى
وذكرت له تأويلا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان لم يعلم بالعيب حتى وهبه من غيره ، فان كان بعوض
فهو كالبيع وقد بيناه) •

(الشرح) هذا بين لا اشكال فيه ، ألا أن الهبة بعوض بيع ،
وحينئذ تأتى فيها الأقسام والأحكام المذكورة كلها • وقول المصنف :
وهبه من غيره • قال النووي رحمه الله في تهذيب اللغات : وأما قول
الغزالي وغيره في كتب الفقه : وهبت من فلان كذا فهو مما ينكر على
الفقهاء لادخالهم لفظة من ، وإنما الجيد : وهبت زيدا مالا ، وهبت
له مالا • قال : وجوابه أن ادخال (من) هنا صحيح ، وهى زيادة ،
وزيادتها في الواجب جائزة عند الكوفيين من النحويين ، وعند الأخفش
من البصريين ، وقد روينا أحاديث منها وهبت منه كذا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وهبه بغير عوض لم يرجع بالأرض لأنه لم يئاس من
الرد) •

(الشرح) هذا هو الصحيح تفريعا على أن المعتبر اليأس ، أما
إذا عللنا باستدراك الظلامة فيرجع بالأرض لأنه لم يستدرك ، ومنهم
من حكى القطع هنا بعدم الرجوع إذا أريد أن العلة هى اليأس لاستدراك
الظلامة ، وهذه الطريقة هى التى يشعر بها إيراد المصنف ، وبين ذلك
أن القاضى أبا الطيب جزم بعدم الرجوع ، وعلة بعدم اليأس كما
فعل المصنف • ثم قال : والتعليل الذى ذكره أبو اسحاق وهو استدراك
الظلامة غير موجود ههنا ، وإذا كان كذلك دل على أن هذا التعليل هو
الصحيح دون ما قاله أبو اسحاق • وكذلك الشيخ أبو حامد قال قوم (١)
من هذا الكلام • والرويانى صرح فى البحر بأن أبا اسحاق وافقنا على

(١) بكر الواو مع التشديد •

عدم الأرض هنا ، واستدل بذلك على بطلان علقته ، لكن المحاملى صرح بأنه على تعليل أبى اسحاق له الأرض لأنه لم يستدرك الظلامة ، والماوردى أيضا صرح بالوجهين على مقتضى التعليلين • وحكى الرويانى ذلك عن بعض الأصحاب •

وهذه الطريقة أقوم الا أن يكون أبو اسحاق صرح^(١) النقل عنه بذلك فليزمه • وهاتان الطريقتان على القول المشهور أنه اذا باع لا يرجع بالأرض ، أما على ما خرجه ابن سريج من أنه يرجع فيرجع ههنا أيضا • كذلك صرح به الراعى •

(تنبيه) الهبة قد يسمى فيها عوض ، ولا شك أن حكمها حكم البيع كما تقدم والهبة التى لا يسمى فيها عوض لنا فى اقتضاءها الثواب قولان •

(فان قلنا) لا تقتضى الثواب اتجه ما قاله المصنف ، والتفريع المذكور من الأصحاب (وان قلنا) تقتضى الثواب فهي بمنزلة البيع • كذلك قاله القاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى خرجوا ذلك على الخلاف المذكور ، ولم يقولوا كما قال المصنف : اما أن تكون بعوض أو لا • والشيخ أبو حامد فعل كما فعله المصنف ، فلك فى كلام المصنف طريقان • اما أن تقول : انا اذا قلنا باقتضاء الهبة المطلقة الثواب صارت بعوض ، فدخلت فى قوله الأول : ان الهبة بعوض ولم تدخل فى قوله ههنا بغير عوض ، واما أن تقول : ان قوله ههنا مفرع على المذهب فى عدم اقتضاء الهبة الثواب •

(فرع) قال صاحب التهذيب : قال بعض أصحابنا : لو كان وهبه من ابنه فلا يرجع ، لأنه يمكنه أن يرجع فى الهبة ثم يرد كما لو لم يخرج عن ملكه ، قال : والصحيح أنه خارج عن ملكه (قلت) يعنى أن بعض أصحابنا أشار الى أنه لا يرجع بالأرض قولاً واحداً ولا يخرج على المعنيين ، والصحيح أنه يخرج عليهما فلا يرجع على الصحيح ، ويرجع على قول أبى اسحاق ، وسنزيد لك أن للقطع

(١) بفتح الصاد وضم الراء وفتح الحاء •

في هذه المسألة مأخذاً آخر ، ويحلح ذلك أن يكون جواباً لأبي اسحاق عن اعتراض الأصحاب عائد بهذه المسألة ، لكن في صورة واحدة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان رجع اليه ببيع أو هبة أو ارث فله الرد بلا خلاف ،
لأنه أمكنه الرد ولم يستترك الظلامة) •

(الشرح) إذا وهبه بلا عوض ثم رجع اليه فالمصنف قد تبسّع القاضي أبا الطيب فيما قاله جميعه من التمثيل ، وبقي الخلاف والتعليل •
والشيخ أبو حامد قال : ان رجع اليه بأن يكون قد وهبه لابنه ورجع
ليه ، كان له الرد • والامام حكى فيما اذا عاد بالهبة أو بجهة لا رد
فيها وجهين (أحدهما) له الرد لأنه يرد ما ملك كما ملك (والثاني)
لا • لأن الرد نقص للملك المستفاد من جهة ، وهذان الوجهان مأخذهما
ما تقدم عنه من البناء على الدليل العائد ، والعراقيون والجمهور
لم يلاحظوه كما تقدم ، وأطلق الرافعي الوجهين فيما اذا عاد
لا بعوض ، وبناهما على أنه هل يأخذ الأرض ؟ اذ لم يعد (ان قلنا)
لا ، فله الرد ، لأن ذلك لتوقع العود (وان قلنا) يأخذ فينحصر الحق
فيه ، أو يعود الى الرد عند القدرة • فيه وجهان (قلت) والقول
بانحصار حقه فيه بعيد ، ومع بعده انما يمكن القول به اذا كان قد علم
بالعيب ، أما اذا لم يعلم حتى عاد فيصير كما لو لم يعلم بالعيب
الحادث حتى زال القديم ، وحكمه الرد الا على وجه شاذ ، وههنا
أولى بأن لا يجري ذلك الوجه •

وأما اذا عاد بعوض كالشراء قال الرافعي (فان قلنا) لا رد في
الحالة الأولى فكذلك ههنا • ويرد على البائع الأخير (وان قلنا) يرد
فهيها يرد على الأول والأخير أو يتخير ، فيه ثلاثة أوجه خارجة مما سبق
(قلت) وهذا البناء والترتيب جيد ، والصحيح أن له الرد كما قال
المصنف ، لكن مع حكاية الخلاف في المسائل الثلاث التي ذكرها • وفي
معناها الوصية والاقالة كما تقدم •

وأما اذا عاد بالرجوع في هبة الوالد لولده فلم أرها مصرحاً بها

ألا في كلام الشيخ أبي حامد : ويحتمل أن يقال : انه لا يجري الخلاف فيها ، لأن الرجوع في الهبة بتبض لها كالرد بالعيب : والعائد هو المالك ، فلا يتأتى تخريجه على الزائل العائد ، كما لم يخرج عليه عند رجوعه بالرد بالعيب ، ويكون ههنا له الرد قولاً واحداً .

ويحتمل أن يجري فيها الخلاف أيضاً كما يقتضيه إطلاق الامام والرافعي أخذاً مما ذكره الرافعي من انحصار حقه فيه . وقد تقدم التنبيه على ضعفه ، وقد استنبه على بعضهم كلام المصنف هنا فظن أن الرجوع بعد البيع . واعترض عليه قولاً وتعليلاً ، ولا حاجة إلى نقل كلامه ، وإنما ذكرته لئلا يشتبه على غيره ، كما استنبه عليه ، والرجوع بعد البيع ذكره المصنف فيما تقدم ، وقد تكمل شرح مسائل الكتاب ، وبقيت فروع نذكرها إن شاء الله تعالى .

(فرع) باع زيد عمراً شيئاً ثم اشتراه منه وظهر فيه عيب كان في يد زيد فإن خاناً عالماً بالحال فلا رد ، وإن كان زيد عالماً فلا رد له ولا أرش . وأما عمرو فلا رد له أيضاً لزوال ملكه ولا أرش له على الصحيح المخالف لتخريج ابن سريج لاستدراك الظلامة ولتوقع العود ، فإن تلف في يد زيد أخذ الأرض على التعليل الثاني دون الأول . وشكذا الحكم لو باعه زيد لغيره ، وإن كان عمرو عالماً فلا رد له ولزيد الرد . وإن كانا جاهلين فلزيد الرد إن كان اشتراه بغير جنس ما باعه أو بأكثر منه . ثم لعمرو أن يرد عليه ، وإن اشتراه بمثله فلا رد لزيد في أحد الوجهين ، لأن عمراً يرد عليه ، فلا فائدة وله الرد في أحدهما ، لأنه ربما يرضى به فلا يرد .

فلو تلت في يد زيد ثم عثر به عيباً قديماً بحيث يرد لو بقي يرجع بالأرش ويث لا يرجع . وعلى عذير الوجهين لو اشتري شيئاً وباعه من غيره ثم اشتراه ثانياً واطلع على عيب قديم ولم يكن اطلع بالبائع الثاني عليه : فعلى أي البائعين يرد ؟ على الوجهين (أحدهما) على الأول لأنه لا فائدة في الرد على الثاني ورده (والثاني) على الثاني لأنه ربما يرضى به ، وربما يكون بين الثمنين تفاوت . قاله المتولى وغيره وعن أبي الطيب في شرح الفروع حكاية وجه أنه لا يرد

بالعيب أصلاً ، لأنه لو رده لرده عليه ، ولا يكون له معنى • هكذا قاله صاحب العدة وفيه نظر • بل هذا تعليل من يقول : لا يرد على الثانى • وأما الرد على الأول فمأمون منه الرد • فليتأمل ذلك •

وفى المسألة الأولى لو حدث به عيب فى يد زيد فرجع بالأرث على عمرو كان لعمرو أيضاً أن يرجع بالأرث عليه ، والفائدة فيه أنه قد يكون أحد الثمنين أكثر من الآخر فيستفيد غرق ما بين الثمنين : وفى باب الأرث كذلك لأنه بحصته من الثمن يرجع • قاله الشيخ أبو حامد • ولو اشترى شيئاً وباعه من غيره وغاب البائع الثانى أو مات ثم وجد المشتري الثانى عيباً كان فى يد البائع الأول • فإن كان الثمن لا من جنس الثمن الأول فليس له الرد • وكذا ان كان من جنسه على المذهب وفيه وجه قاله صاحب التتمة •

(فرع) لو تلف فى يد الموهوب له فلمشتري الواهب الرجوع بالأرث قولاً واحداً • قاله القاضى حسين •

(فرع) هذه الأحكام المتقدمة فى كلام المصنف فيما اذا خرج المبيع كله عن ملك المشتري أما اذا خرج بعضه فقد تقدم أن الشافعى فى مختصر المزنى ساوى بينه وبين خروج الكل وأن فى مختصر البويطى قولين فى بيع نصف العين لواحد (أحدهما) يرجع بنصف الأرث للباقي فى يده (والثانى) لا يرجع بشئ • ويجىء فيه القول الذى خرج به ابن سريج أنه يرجع بجميع الأرث • والأول أصح عند صاحب التهذيب • وشبهه بحدوث العيب فى يده لا ينتظر زواله • وظاهر نصه فى المختصر وكلام كثير من الأصحاب يشهد للثانى • وهو الصحيح الذى صرح به كثيرون • وهو يقتضى التعليل باليأس •

وأما على التعليل باستدراك الظلامة فينبغى أن يرجع بأرث النصف الباقي فى يده • وأما الوجه الثالث فضعيف فى الأصل • وهو هنا أضعف • وهذا كله على المشهور الذى قطع به الأكثرون أنه لا يرد النصف الذى فى يده • وقد تقدم عن الماوردى فى ذلك خلاف ضعيف ، فيتحصل فى هذا الفرع بذلك أربعة أوجه (وإذا قلنا) يرد النصف على ما ذكره .

المساوردي يعود الخلاف في النصف الخارج عن ملكه ، هل يأخذ أرشه على قول ابن سريج أو على المذهب ؟ ولو باع نصف ما اشتراه من البائع فكذلك ليس له الرد عليه ، وإذا كان نقصان الشركة يرتفع بالرد لأن وقت الرد يردده على الوجه الذي يملك به •

قال صاحب التتمة : وقال صاحب التهذيب انه الصحيح • ونظره صاحب التتمة بالجارية إذا زوجها من البائع وقد تقدم ذلك • وهل له أخذ الأرش للنصف الباقي ؟ على القولين فيما لو باع نصفه من غير بائه ، ولو أن المشتري النصف أعتقه ثم ظهر عيب قديم رجع المشتري الأول على بائه بأرش النصف الذي في يده موسرا كان المعتق أو معسرا ، لأنه يقوم على المعتق عند الشراء به ناقصا والنصف الذي باعه ان رجع مشتريه عليه بأرشه ، رجع هو أيضا على بائه والا فوجهان • قاله في التهذيب ، يعنى على علة أبي اسحاق لا يرجع • وعلى المذهب يرجع ، ولو قاسم المشتري فقد تقدم ذلك عند الكلام فيما إذا اشترى اثنان عينا عن القاضى حسين •

والذى قاله صاحب التتمة هنا أنه (ان قلنا) القسمة افراز فله الرد (وان قلنا) بيع فلا ، قال : لأنه ان أراد الرد فسخ قسمه فيرد عليه غير ملكه ، وان أراد فسخ القسمة ثم يرد لم يجز ، لأنه تملك المعيب مع العلم بالعيب •

(قلت) وهذا نظير قول القاضى حسين هناك ، والمفهوم من كلام الأصحاب أن ذلك غير مانع ، لأن له الرد إذا رجع اليه بعد العيب والهبة ، وان كان بطريقته هو راض بها ، وهو الأصح ، هذا إذا كانت العين واحدة باع بعضها ، فلو اشترى عينين فباع احدهما ووجد بها العيب أو بالباقية ، وقلنا لا يجوز افراد أحد العينين بالرد ، جزم جماعة منهم الشيخ أبو حامد بأنه ليس له الرد أيضا ولا أرش لعدم اليأس ، وينبغي على علة أبي اسحاق أن يرجع من الأرش بقدر ما يخص الباقي ، وهو مقتضى تفريع المساوردي ، فان تلفت العين في يد المشتري الثاني ففى رد الباقي في يده القولان في نظيره إذا كان التلف في يده ، وأن العيب بالذى باعه فقط لم يرجع بالأرش لاستدراك الظلامة وللتوقع •

(فرع) لو لم يخرج المبيع عن الملك ، ولكن تعلق به حق كرمه أو كتابه وغير ذلك فقد تقدم حكمه ، وجملة من مسائله فيما اذا حصل في المبيع نقص .

(فرع) لو كان المبيع باقيا بحاله في يد المشتري وملكه والتمن تألف جاز الرد اذا اطلع على عيب في المبيع ، ويأخذ مثل الثمن ان كان مثليا ، وقيمته ان كان متقوما أقل ما كانت من يوم البيع الى يوم القبض ، لأنها ان كانت يوم العقد أقل غلزائد حدث في ملك البائع ، وان كانت يوم القبض أقل فالنقصان من ضمان المشتري . قال الرافعي : ويشبه أن يجيء فيه الخلاف المذكور في اعتبار الأرض .

(قلت) وصرح البغوي والرافعي هنا بأنه من يوم العقد الى يوم القبض ، كعبارة النووي في المنهاج هناك ، وقد تقدم التنبيه على أن عبارة غيره . بخلافها ، غاما أن تكونا سواء كما قال النووي . واما أن يفرق ، ويجوز الاستبدال عنه بالعرض ، وخروجه عن ملكه بالمبيع ونحوها كالتلف ، ولو خرج وعاد فهل يتعين لأحد ؟ المشتري أو البائع ابداله ؟

قال الرافعي : غيه وجهان (أحصهما) أولهما وقال الامام : منهم من خرج استرداده على الوجهين ، يعني في الزائل العائد ، ومنهم من قطع بأنه يسترد ، والناظر عند هذا القائل أن المسترد ليس مقصودا ، فلا يشترط فيه ما شرط في المردود والمقصود .

(قلت) وهذا كله في الثمن المعين في العقد ، واذا كان باقيا أخذه بآ خلاف واما اذا كان في الذمة ونقده ، غنى تعيينه لأخذ المشتري وجهان . لم يصحح الرافعي منهما شيئا . وذكر في الرجوع بالأرض في نظيرها ما يقتضي أن الأصح التمين ، وقد تعرضت له هناك . ولم يفرقوا هنا بين أن يكون التمين في المجلس أو في غيره .

وقد يقال : ان المعين في المجلس أولى بالتعيين من المقبوض بعده ، لأن المعين في المجلس كالمعين في العقد على الأصح المذكور في السلم ،

وكيفما كان ، فالأصح النعين ، لأنه يرد المبيع غيرتفع ملك البائع عن الثمن ، فلا وجه لتجويز إبداله . هذا اذا كان الثمن نقدا أو موصوفا فمعيه . أما اذا أخذ عنه عوضا كقوت ونحوه فسيأتى . ولو أبرأ البائع المشتري من بعض الثمن ، ثم رد المبيع بعيب ، فإن كان الإبراء بعد التفرق رجع بتمام الثمن .

قال الروياني : وفيه قول يرجع بما أدى كالزوجة اذا أبرأت من الصداق قبل الطلاق وان كان الإبراء قبل التفرق فذلك لاحق بالمبيع على المذهب فلا يرجع الا بما بقى ، ولو أبرأه من جميع الثمن جزم القاضى حسين بجواز الرد للتخلص عند حفظ المبيع ، وقياس من يقول : يرجع بتمام الثمن عند الإبراء عن البعض أن يقول : يرجع بالثمن هنا ولو وهب البائع المشتري الثمن فقيل : يمتنع الرد بالعيب ، وقيل : يرد ولا يطالب ببديل الثمن .

وان كان الثمن باقيا في يد البائع لكن ناقصا نظرا ان تلف بعضه أخذ الباقي وبديل التالف وان رجع النقصان الى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الأرض في أصح الوجهين ، كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها مجانا . هكذا قال البغوى والرافعى وقد قدمت المسألة في فرع فيما اذا رد المبيع وهو ناقص ، والمنقول فيه عن ابن سريج أنه يتخير بين أخذه ناقصا وقيمه ، وعن غيره الرجوع بالأرث واطلاق الرافعى هنا ليس على ظاهره ، بل يجب تأويله على أنه لا يغرم الأرث ويتخير البائع كما يقول ابن سريج ، وقد نقل النووى هذا الفرع عن القفال والصيدلانى مع كلام الرافعى .

(فرع) الثمن المعين اذا خرج معيبا يرد بالعيب كالمبيع ، وان لم يكن معينا وكان في عقد لا يشترط فيه التقابض في المجلس يستبدل ، ولا يفسخ العقد ، قال المتولى والرافعى : سواء أخرج معيبا بخشونة أو سواد ، أو ظهر أن سكتته مخالفة لسكة النقد الذى تناوله العقد ، أو خرج نحاسا أو رصاصا .

(قلت) : وهذا في غير المعين صحيح ، وأما المعين اذا خرج نحاسا

أو رصاصا وكان قد اشترى به على أنه دراهم فإنه يبطل العقد على الأصح كما تقدم في باب الربا وسيأتى ان شاء الله تعالى في كلام المصنف في الفصل الذى بعد هذا بفصل ، وقد تقدم في باب الربا جملة من أحكام العيب في عوض الصرف •

(فرع) باع عبدا بألف وأخذ بالألف ثوبا ثم وجد المشتري بالعبد عيبا ورده فعن القاضى أبى الطيب أنه يرجع بالثوب ، لأنه انما ملكه بالثمن واذا غسخ البيع سقط الثمن عن ذمة المشتري فينفسخ بيع الثوب به •

وقال الأكثرون منهم الماوردى : يرجع بالألف لأن الثوب مملوك بعقد آخر وفي المجرد من تعليق أبى حامد أن الشافعى قاله نصا • ولو ظهر العيب بالثوب رد ورجع بالألف لا بالعبد ، ولو مات العبد قبل القبض وانفسخ البيع فعن ابن سريج أنه يرجع بالألف دون الثوب ، لأن الانفساخ بالتلف يقطع العقد ويرفعه من أصله ، وهو الأصح ، وفيه وجه آخر •

(فرع) اختلفا في الثمن بعد رد المبيع ، فعن ابن أبى هريرة قال : أعيثنى هذه المسألة ، الأولى أن يتخالطا وتبقى السلعة في يد المشتري ، وله الأرش على البائع من القدر المتفق عليه • قال أبو اسحاق : وحكى أبو محمد الفارسى عن أبى اسحاق أن القول قول البائع لأنه الغارم ، كما لو اختلفا في الثمن بعد الاقالة قال الراعى : وهذا هو الصحيح •

(فرع) لو احتيج الى الرجوع بالأرش فاختلفا في الثمن ، فعن رواية القاضى ابن كج فيه قولان • الأظهر أن القول قول البائع ، قاله الراعى •

(فرع) من زيادات النووى في الروضة اشترى سلعة بألف في الذمة فقتضاه عنه أجنبى متبرعا فرد السلعة بعيب لزم البائع رد الألف وعلى من يرد ؟ وجهان (أحدهما) على الأجنبى لأنه الداغم (والثانى) على

المشتري لأنه تقدر دخوله في ملكه ، فإذا رجع المبيع رد إليه ما قابله •
وبهذا الوجه قطع صاحب المعاينة ذكره في باب الرهن •

(قلت) وذكر الروياني في البحر الوجهين (وقال) ان الأصح الثاني • قال : ولو خرجت السلعة مستحقه رد الألف على الأجنبية قطعاً لأنه تعين أن لا تمن ولا يبيع إلا إذا لم يعنم بالعييب حتى وجبت فيه الزكاة ، فمن ابن الحداد له الرد : وعن أبي على لا ، لنقصانه بالشركة على قول أو الرهن على قول ، وأما بعد اخراج الزكاة فإن أخرجها من غيره وقلنا : التعليق بالذمة ، فله الرد • وان قلنا بالشركة ، فقليل : كالرجوع بعد البيع ، وقيل : بالرد قطعاً ، لعدم استدراك الظلامة وإذا خرج من الحال ولم نجوز تفريق الصفقة امتنع الرد ووجب الأرش عند من يعتبر اليأس وهو الأصح ، وان جوزنا التفريق رد بقسطه ، وقيل : يرد الباقي بقيمة التالف ، ولو اشترى عبيدين في صفقتين أحدهما بعشرة ، والاخر بخمسة ثم رد أحدهما بعييب ثم اختلفا • فقال المشتري : رددت الذي بعشرة فالقول قول البائع لأن الأصل براءة الذمة ، ولو اشترى ثوباً من رجل ثم ثوباً من آخر ووجد بأحدهما عيباً ولم يدر أن المعيب من أيهما اشتراه ، فلا رد له على واحد منهما ، قالهما القاضي حسين في الفتاوى •

(فسرع) اتفق الشافعي وأكثر العلماء على أن المشتري إذا رد المبيع بعييب وكان الثمن باقياً أنه يأخذه ، وإذا كان تالفاً أخذ قيمة الثمن على ما تقدم ، لا فرق بين الحيوان والعروض وغيرها •

وقال ابن أبي ليلى : إذا اشترى جارية بعبد ثم وجد بالجارية عيباً فردها ، فإن ما له قيمة الجارية ، ولا يأخذ العبد ، وكذلك نقلوه عنه في الجارية بالجارية ولا أدرى أيطرد في بقية الحيوان والعروض أم لا ؟

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والعيب الذي يرد به المبيع ما يعده الناس عيباً ، فإن خفى منه شيء رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس) •

(الشرح) لما تقدمت أحكام العيب احتاج الى تعريفه ، فعقد هذا الفصل لذلك وبيان ما هو عيب وما ليس بعيب ، ولما كانت الأمثلة لا تنحصر قدم عليها الضابط فيها ، وما ذكره من الضابط سديد ، فان المدرك في ذلك العرف ، ولولا ذلك واقتضى العرف سلامة المبيع حتى جعل ذلك كالمشروط لما ثبت الرد ، فلذلك جعل ضابطه راجعا الى العرف ، فما عده الناس وأهل العرف عيبا كان عيبا ، وما لا فلا ، ولحن الاحالة على العرف قد يقع فيها في بعض الأوقات الباس ، فلاجل ذلك ضبطه غير المصنف بضابط أبين ، وأحسن شيء فيه ما أشار له الامام رحمه الله ، ولخصه الراعى أن يقال : ما ثبت الرد بكل ما في المعقود عليه من منقص القيمة أو العين نقصا ما ، يفوت به غرض صحيح بشروط أن يكون في أمثال ذلك المبيع عدمه •

وأخصر من ذلك أن يقال : ما نقص القيمة أو العين نقصا يفوت به غرض صحيح ، ويغلب على أمثاله عدمه ، وبعضهم قال : ما نقص القيمة أو العين من الخلقة التامة • قال الراعى : فانما اعتبرنا نقصان العين بمسألة الخصى ، يعنى فانه يرد به ، وان لم ينقص القيمة ، لكنه نقص العين ، وانما لم يكتف بنقص العين واشترط فوات غرض صحيح ، لأنه لو قطع من فخذ أو ساقه قطعة يسيرة لا تورث شيئا ولا يفوت غرض لا يثبت الرد قال : ولهذا قال صاحب التقريب : ان قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية ثبت الرد ، والا فلا ، وفيه احتراز أيضا عما اذا وجد العبد والجارية مختونين ، فانه فوات جزء من أصل الخلقة لكن فواته مقصود دون بقاءه فلا رد به اذا كان قد اندمل • وانما اشترط أن يكون الغالب على أمثاله عدمه • لأن البقاء به مثلا في الاماء ينقص القيمة لكن لا رد بها لأنه ليس الغالب فيهن عدم الثيابة اذا كانت الأمة كبيرة في سن لا يغلب فيه ذلك •

وأما الذي زاد من الخلقة التامة فاحترز عما اذا نقص زائد من أصل الخلقة كالاصبع ونحوها ، بأن قطعها البائع ولم يبق شين ثم باعها • فلا يثبت بزوالها رد • هكذا قاله صاحب التتمة • وهذا فيه نظر • فان القاضي أبا الطيب قال في ذلك : اذا حدث في يد المشتري وجب أن يمنع من الرد في يد عندي ، وتابعه على ذلك ابن الصباغ • فان كان

ذلك عيبا مانعا من الرد - كما قاله أبو الطيب - وجب أن يوجب الرد إذا حصل في يد البائع وأن لم يكن عيبا موجبا للرد كما قال صاحب التتمة وجب أن لا يمنع إذا حدث في يد المشتري لا يمنع الرد • فطرده قاعدته وجل ما لا يثبت بفواته في يد البائع خيار لا يمنع الرد إذا حدث عند المشتري فحصل الخلاف بين أبي الطيب والمتولى في امتناع الرد بحدوثه •

وأما ثبوت الرد بوجوده في يد البائع فيمكن أن يكون أبو الطيب يقول به ، ويجعله عيبا ويطرده قاعدته ، وحيثئذ يحصل الخلاف بينهما في المسألتين ، ويمكن أن يقال : أن زوال الاصبع الزائدة ونحوها وأن لم يكن عيبا ، إلا أن ذلك الزائد إذا كان موجودا عند العقد استحققه المشتري ، وصار جزءا من المبيع المقابل بالثمن ، فلو رده المشتري بدونه لرد المبيع ناقصا عما ورد العقد عليه ، فذلك قال القاضي أبو الطيب : أنه يمنع الرد لا بسبب أن ذلك عيب ، نعم إذا حصل زوال هذه الاصبع الزائدة ونحوها في يد البائع بعد البيع وقبل القبض مساق هذا البحث أن يثبت للمشتري الرد لزوال بعض ما شمله العقد ، وأن لم يكن عيبا • ألا ترى أنه تقدم لنا أن من اشترى عبدا كاتباً هُنى الكتابة قبل القبض أنه يثبت الخيار لفوات ما كان موجودا عند العقد وأن لم يكن عيبا • بل فوات كمال • وهذا أن لم يكن كمالا ففقد تعلق به غرض وقد صار مستحقا بالعقد •

لكنه تقدم عن صاحب التهذيب أنه قال بعدم ثبوت الخيار في حصول ذلك قبل القبض ، وهو الذي يشعر به كلام صاحب التتمة الذي حكىته الآن • وهو مخالف لما قلته من البحث • ولما قاله القاضي أبو الطيب ولصاحب التهذيب وصاحب التتمة أن يقولوا : أن ذلك الزائد وأن كان شمله العقد إلا أنه لا غرض فيه • فزواله مع البرء لا يحصل به نقص يفوت به غرض صحيح بخلاف فوات الكتابة بالنسيان ، وعلى هذا يكون كل ما أثبت الرد على البائع منع الرد من المشتري • وأن أبقينا كلام أبي الطيب على حاله وطردهناه فيما قبل القبض فكذاك يستمر هذا الضابط •

وان جمعنا بين ما قاله أبو الطيب بعد القبض وما قاله صاحب التهذيب قبله كما تقدمت الاشارة اليه في موانع الرد غيفصل في فوات هذه الزيادة في يد البائع بين أن تكون بعد البيع فيثبت الخيار أو قبله فلا • اذا لم يبق بسببها نقص • ويكون كل ما يوجب الرد اذا كان البيع يمنع الرد اذا حصل عند المشتري ولا ينعكس ، فكل ما يوجب الرد اذا حدث بعد البيع وقبل القبض يمنع الرد اذا حدث في يد المشتري وبالعكس ، وكل عيب مثبت للرد وليس كل مثبت للرد عيبا ، كما مثلناه في فوات صفة الكمال قبل القبض ، فليس عيبا داخلا تحت هذا الضابط الا أنه باستحقاقه بالمعقد صار فواته عيبا •

وأصل هذا الضابط الذى ذكره الراعى وأشار اليه الامام للقاضى حسين ، فانه قال : الحد فيه أن كل معنى ينقص العين بأصل الخلقة أو القيمة أو يفوت غرضا مقصودا شرطه ، أو فأت بتدليس من جهة البائع يثبت الخيار • وما خرج من هذه الجملة فلا يثبت الخيار ، وقصد القاضى بهذا حد كل ما يثبت الرد من الأسباب الثلاثة المذكورة في هذا الباب التصرية والعيب والخلف ، والضابط الذى تقدم كفاية • وبه تعرف ما يرد على حد القاضى •

وقال الغزالى : العيب كل وصف مذموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالبا وقد يكون ذلك نقصان وصف أو زيادته ، وقد يكون نقصان عين كالخصى أو زيادتها كالأصبع الزائدة والخصى ، فان زادت قيمته ولكن ما كان منه مقصودا تتعلق به مالية ، وانما الزيادة بالجلب لغرض آخر حصل به ، فلم ينقل عن نقصان وأشار الغزالى بهذا الى أن نقصان القيمة حاصل من وجه كونه يضعف البنية ، ولكنه انجبر بزيادتها من جهة الرغبة في دخوله على الحریم عند من يجوزه فكان كذلك لعبد كانت زادت قيمته بسبب الكتابة ، ونقصت بسبب العيب دون ما زادت ، تلك الزيادة لا تخرجه عن كونه عيبا •

وفى هذا الكلام محاولة أن المعتبر نقصان القيمة • ولذلك قال الشافعى رضى الله عنه فى باب العيب فى الرهن : والعيب الذى يكون به الخيار كل ما نقص ثمنه من شيء — قل أو كثر — حتى الأثر الذى

لا يضر بعمله ، والفعل • فهذا النص شاهد لاعتبار القيمة ، ومراد الشافعي - والله أعلم بالثمن - القيمة •

وقال قبل ذلك بأربعة أسطر : اذا كان بالرهن عيب في بدنه أو عيب في فعله ينقص ثمنه وعلم المرتين العيب قبل الارتهان به فلا خيار له ، والرهن والبيع ثابتان • وهذا النص مثل الأول •

وقول المصنف : والعيب الذي يرد به المبيع • قد يقول قائل لو قال : الذي يرد به - كما قال في التتمة - لشمّل المبيع والثمن •

(والجواب) عن هذا أن الثمن اذا كان معيبا فحكمه حكم المبيع ، لا شك أنه هنا انما يقصد تعريف العيب في المنع وما في حكمه ، فسواء أذكره أم تركه المراد معلوم ، ولنا عيوب آخر في غير المبيع مفسرة بغير هذا التفسير • وقال النووي رحمه الله في تهذيب اللغات : العيب ستة أقسام : عيب في المبيع ، وفي رقبة الكفارة ، والغرة ، وفي الأضحية والهدى والعقيقة • وفي أحد الزوجين ، وفي الإجارة • وحدودها مختلفة ، فالعيب المؤثر في المبيع الذي يثبت بسببه الخيار هو ما نقصت المسالية أو الرغبة به أو العين ، والعيب في الكفارة ما أضر بالحمل أضرارا بينا • والعيب في الأضحية والهدى والعقيقة ما نقص به اللحم ، والعيب في النكاح ما ينفر عن الوطء ويكسر سورة (١) المتواق ، والعيب في الإجارة ما يؤثر في المنفعة تأثيرا يظهر به تفاوت الأجرة لا ما يظهر به تفاوت قيمة الرقبة ، لأن العقد على المنفعة ، فهذا تقريب ضبطها ، وهي مذكورة في هذه الكتب بحقائقها وفروعها وعيب الغرة في الجنين كالمبيع • هذا كلام النووي رحمه الله •

(قلت) والعيب في الزكاة كالبيع على الأصح • وقيل كالأضحية ، وفي الصداق اذا طلق قبل الدخول ، النظر فيه الى ما يفوت به غرض صحيح ولا نظر الى القيمة ولا نقصان العين ، ولذلك يقول : الحمل في البهائم في البيع زيادة ليس بعيب ، وفي الصداق زيادة ونقص يمنع من الرجوع القهري ، فجملة أنواع العيب ستة وان تكثرت أبوابها ،

(١) بفتح السين وتسكين الراء وفتح التاء المربوطة ،

والموهوب بعوض حكمه حكم المبيع ، وقال أبو ثور : لا يرد بالعيب ولا يرجع بشيء ، وهو بعيد •

(فرع) قد تبين لك زوال الصفة الكاملة بعد البيع وقبل القبض يثبت الخيار وذلك غير داخل في الضابط المذكور ، والاعتذار عن ذلك بأن يفوت الخيار لا لكونه عيبا ، بل لفوات بعض المستحق ، كما تقدمت الإشارة إليه ، والله أعلم • وقول المصنف : رجع فيه الى أهل الخبرة بذلك الجنس ، قال صاحب التهذيب : ان قال واحد من أهل العلم به انه عيب ثبت الرد به ، وكذلك يقتضيه كلام صاحب العدة • واعتبر صاحب التتمة شهادة اثنين : ولو اختلفا في بعض الصفات هل هو عيب ؟ وليس هناك من يرجع اليه فالقول قول البائع مع يمينه •

(فائدة) الرجوع في العيب الى العرف له نظائر في الفقه ، منها طول المجلس المانع من البناء على الصلاة ، وكثير النجاسة المجاوز لحد العفو • وقدر الصفة في الاناء والتفرق القاطع للخيار والقبض والحرز والاحياء ، ومواضع كثيرة الحكم فيها يحال على العرف ، اما قطعا ، أو على خلاف • وقد اشتهر على ألسنة الفقهاء أن ما ليس له حد في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه الى العرف ، وليس هذا مخالفا لما يقوله الأصوليون من أن لفظ الشارع يحمل على المعنى الشرعي ، ثم العرفي ثم اللغوي ، والجمع بين الكلامين أن مراد الأصوليين اذا تعارض معناه في العرف ومعناه في اللغة قدمنا العرف ، ومراد الفقهاء اذا لم يعرف حده في اللغة ولم يقولوا ليس له معنى ، فالمراد أن معناه في اللغة لم ينصوا على حده بما يثبت ، فيستدل بالعرف عليه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اشترى عبدا فوجده أعمى أو أعرج أو أصم أو أخرس أو مجذوما أو أبرص أو مريضا أو أبخر أو مقطوعا أو أقرع أو زائيا أو سارقا أو أبقا ثبت له الرد ، لأن هذه عاهات يقتضى مطلق العقد السلامة منها ، فلا يلزمه العقد مع وجودها) •

(الشرح) ذكر المصنف والأصحاب جملة من أمثلة العيوب وان كانت لا تنحصر ولا مطمع في استيعابها ، ولكن المقصود زيادة في البيان على ما استفيد من الضابط المتقدم ، فمما ذكر المصنف كون الرقيق أعمى أو أعرج أو أصم أو أخرس أو مجذوما أو أبرص ، وهذه الستة لا خلاف فيها ، ولا تفصيل في البرص والجذام المستحكم وغيره ، أو مريضا . وسواء المرض المخوف وغيره ، ما يرجى زواله وما لا يرجى زواله في الرقيق وغيره من الحيوان . هكذا قال صاحب التتمة وغيره . نعم اذا كان المرض قليلا كصداع يسير وما أشبهه غفى الرد به نظر ، وقال ابن يونس وابن الرفعة : ان المرض وان قل عيب .

وقال العجلي : اذا أصاب العبد مرض وكان يزول بالمعالجة السريعة فلا خيار كما لو غصب وأمكن البائع رده سريعا ، وهذا حسن ، أو أخبر ، والبخر الذي هو عيب هو اليأس من تغير المعدة دون ما يكون بقلح الأسنان ، فان ذلك يزول بتنظيف الفم . واعترض مجلى بأن ذلك لا يسمى بخرا فلا حاجة الى الاحتراز عنه . وفي التجريد أن الجارية ترد بتغير البكّة ، وهو محمول على البخر الذي تقدم تفسيره ، ولا فرق بين العبد والجارية ، فان الجارية قد تقصد للاستمتاع . والعبد قد يقصد للمسارة .

وقوله « أو مقطوعا » أى مقطوع عضو من أعضائه كيد أو رجل أو اصبع أو أنملة أو غيرها ، واطلاق ذلك يشمل الأصيل وغيره ، وقد تقدم استثناء قطع الاصبع الزائدة وشبهها ، وقطع شيء يسير من الفخذ اذا لم يحصل بشيء من ذلك نقص ، أو أقرع وهو الذي ذهب شعر رأسه من آفة ، ويشترط في هذه الأمور أن تكون مستمرة ، فلو وجدت في يد البائع قبل البيع وزالت وانقطع أثرها فلا رد بها ، وذلك انما يكون في غير القطع أو زانيا أو سارقا أو آبقا ، وهذه أيضا لا خلاف فيها ، ولا تفصيل عندنا في ذلك بين العبيد والاماء ولا فرق بين أن يكون قد أقيم عليه الحد في الزنا والسرقة أو لم يقم ، ووافقتنا على الرد بعيب الزنا مطلقا مالك وأحمد وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر .

وقول أبي حنيفة : ان العبد لا يرد بعيب الزنا بخلاف الأمة • فان زناه يؤدي الى اختلاط نسبه بنسب غيره • وأجاب أصحابنا بأن زنا العبد يوجب الحد وينقص قيمته ، وقد يموت تحت الحد ، ولا فرق بين الصغير والكبير ، وان كان الحد لا يجب على الصغير لأنه يتعود ذلك فيفعله بعد الكبر ، نص الأصحاب على أنه لو زنا مرة واحدة في يد البائع فلمشتري الرد وان تاب وحسنت حالته ، لأن تهمة الزنا لا تروى ، ولهذا لا يعود احصان الحر الزانى بالتوبة •

وقال الغزالي في الوسيط : اعتياد الابق والسرقه والزنا عيب ، فاشعر باشتراط الاعتياد في الثلاثة أو في الابق ، أو فيه وفي السرقه • ولو لم يكن من كلام الغزالي الا ذلك أمكن تأويله بأن السرقه والزنا معطوفان على اعتياده ، ولا يكون الاعتياد شرطاً فيهما ، لكنه في الوجيز قال : اعتياده الزنا والابق والسرقه فهذا صريح لا يقبل التأويل ، وقريب منه قوله في البسيط : أباقة أو سراقا أو زناء فأتى في الثلاثة بصيغة المبالغة ، فأما الزنا فقد تقدم نص الأصحاب فيه ، ولا نعلم أحداً صرح فيه بخلاف ، والسرقه كذلك ، وأما الابق فان الامام قال في أوائل كتاب السلم في جواب سؤال : ان اعتياد الابق عيب ، واتفاق الابق لا يلتحق بالعيوب • وهذا الذي صرح به الامام كلام الجمهور يدل على خلافه ، ووراء ذلك ثلاثة أمور •

(أحدها) أن هذه الثلاثة اذا تكررت في يد البائع واشتهرت ثم وجدت في يد المشتري ولم يكن علم بها فله الرد ، لأن وجودها في يد المشتري عيب حادث بعد تكررها وان وجدت في يد البائع مرة واحدة ثم وجدت في يد المشتري ، فالمنهوم من كلام كثير من الأصحاب أن له الرد ، وبه صرح أبو سعيد الهروي في الثلاثة وغيره في الابق ، ولا فرق في ذلك بين البالغ والصبي المميز ، وقال القاضي حسين : يأخذ الأرش لأن الابق في يد المشتري عيب حادث ، وقد تقدم ذلك عند الكلام فيما اذا لم يعلم بالعيوب حتى أبق •

وان وجدت في يد البائع مرة واحدة ، لم توجد في يد المشتري

فان كان صبيا مميزا فالذى يدل عليه كلام صاحب التتمة وغيره أنه
يرد •

وقال أبو سعيد الهروى : لا يرد • والأول أصح وان كان كبيرا
يرد ، لأن العادة في حال الكبر يتعذر الاقلاع عنها ، وفيه في الابق
خاصة وجه حكاه الهروى عن الثقفى أنه لا يرد كالصغير • والصحيح
الأول • وهو قول الزجاجى والقاضى حسين • وقيل : ان للشافعى
ما يدل عليه •

قال القاضى حسين : الفعلة الواحدة في الابق يجوز أن تعد عيبا
أبدا كالوطء في ابطال الحضانة •

وصرح في الفتاوى بأنه لا يرتفع ذلك بالتوبة وطول المدة كالزنا •
وفرع الهروى على قول الثقفى أنه لا يمين على البائع • لأن جواز
الرد يعتمد وجود العيب في يد المشتري • هذا ما تلخص لى من كلام
الأصحاب في ذلك •

وحيث قلنا : له الرد في الابق فمحلّه في حال حضوره ، وأما في
حال ابقائه فلا على ما تقدم وما ذكره أبو سعيد الهروى في الصغير ،
واقترضه كلام الثقفى في اباق الكبير أنه لا يرد بالمرة الواحدة الا اذا
وجد في يد المشتري عجب ، فانه ان كان ذلك عيبا فلا حاجة الى شيء
آخر ، وان لم يكن عيبا فوجوده في يد المشتري ان لم يكن مانعا
فلا أقل من أن يكون مقتضيا ، اللهم الا أن يلاحظ أن وجوده في يد
المشتري دال على أن ذلك صار عادة ، وأنه من ضمان البائع لاستناده
الى سابق •

(فرع) لو وجد الابق والسرقة والزنا ونحو ذلك في يد البائع
وارتفع مدة مديدة بحيث يغلب على الظن زوالها ، ثم وجدت في يد
المشتري ، قال الهروى : قال الثقفى والزجاجى أبو على : لا يجوز
الرد ، لاحتمال أن تلك المعانى ارتفعت ثم حدثت في يد المشتري ،
فصار ذلك كالمرض الحادث في يده •

(فرع) لا يشترط أن توجد هذه الأشياء في يد البائع بل لو وجدت في يد من تلقى البائع الملك منه أو قبله ، كان حكمها كذلك ، قاله القاضى حسين والمتولى فى الأباق ، وهو يجرى فى الأخيرين بلا شك بخلاف الأمور السابقة من الأمراض •

(فرع) الحواء كالسارق ، ولا يشترط تكرار الجناية منه أيضا ، وانما ذكرته بهذه الصيغة تبعا للامام •

(فرع) فى مذاهب العلماء •

قال الثورى واسحاق فى الصبى يسرق ويشرب الخمر ويأبق : لا يرد بعيب حتى يحتلم وقال أحمد : اذا جاوز عشر سنين فهو عيب •

(فرع) قول المصنف : عبد على سبيل المثال ، فالأمة كذلك ، وبعض العيوب المذكورة يشترك فيها سائر الحيوانات أيضا كالعمى والعرج والقطع •

(فرع) ومن أمثلة العيوب أيضا الجب ، وهو داخل فى قول المصنف : مقطوعا ، والصئبان فى العبيد والاماء اذا كان مستحكما مخالفا للعادة دون ما يكون لعارض عرق أو حركة عنيفة أو اجتماع وسخ ، ولا يشترط كونه لا يقبل العلاج بل اذا كان لا يندفع الا بعلاج مخالف للمعتاد فهو عيب ، وعند القاضى حسين لا يثبت بالصبيان صئبان وينبغى أن يحمل كلامه على ما ليس خارجا عن العادة ، والجنون سواء المتقطع وغيره ، وكونه مختلا أو أبله أو أشل أو أعور ، وزعم بعضهم أن ذلك يندرج فى العمى ، لأنه عمى فى أحد العينين ، فيكون داخلا فى قول المصنف ، وليس كذلك • لأن العمى عند الإطلاق انما ينصرف الى العينين نعم العور فى اللغة ذهاب البصر ، فقد يطلق على الأعمى ، ولهذا يعبر بأعور اليمنى أو اليسرى ولكن صار عند الإطلاق أيضا انما يفهم منه ذهاب البصر من احدهما •

(ومنها) كون الرقيق أخفش وهو نوعان (أحدهما) ضعيف البصر خلقة (والثانى) يكون بعلّة حدثت ، وهو الذى يبصر بالليل دون النهار المعين ، وفى يوم الغيم دون الصحو وكلاهما عيب ، وكونه أجهر بالجميم وهو الذى لا يبصر فى الشمس أو أعشى • وهو الذى يبصر بالنهار

ولا يبصر بالليل ، والمرأة عشواء أو أعمش قاله القاضى حسين .
أو أحسم . وهو الذى فى أنفه داء لا يشم شيئاً أو أبقم وهو المعوج
الخم أو أرت لا يفهم — والأرت بفتح الراء وتتديد التاء المثناة
من فوق . وهو الذى فى كلامه عجمة ، وهذا تفسير أهل اللغة .

وقال الفقهاء فى صفة الأُمة : هو الذى يدغم حرفاً فى حرف على
خلاف الإدغام الجائز فى العربية . والرتة بضم الراء فكلا الأمرين
فى هذا الموضع ينبغى النظر فيه الى جنس ذلك الرقيق ، فان كان
الغالب فيه عدمه كان عيباً . وان لم يكن الغالب فيه عدمه كالزنج وغيرهم
لم يكن عيباً .

وقد أطلق الأصحاب هنا الأرت الذى لا يفهم . ويمكن أن يبقى
ذلك على إطلاقه ويكون المراد الذى لا يفهم عنه بلعته ولا بغير لغته .
وقال القاضى حسين : اذا وجده الثغ أو أرت لا يثبت الخيار اذا كان
يستظرف بكلامه . فان كان لا يستظرف بكلامه فله الرد . وكان مراده
ان كان يفهم كلامنا فلا رد . وان لم يفهم فله الرد فيهما . كما قال
الأصحاب وهذا بعيد عن مراده فى الأرت .

(ومنها) كونه فاقد الذوق أو شئ من الحواس الخمس وان كان
بعضها تتقدم والشعر أو الظفر أو له اصبع زائدة أو سن ساغية وهى
الزائدة المخالفة لباقى الأسنان أو يد زائدة أو رجل زائدة أو مقلوع
بعض الأسنان أو أدرد ، وكون البهيمه درداء الا فى السن المعتاد ،
ونقل القاضى حسين فى الفتاوى هذا التقيد عن العبادى ، بعد أن أطلق
أن له الرد والتقيد لأبد منه وهو الذى أورده الراغى وحكى القاضى
حسين أيضاً أنه هل يشترط رؤية السن فى العقد ؟ قال : يحتمل
وجهين ، فليكن الكلام فى الرد تفريعاً على أحد الوجهين ، أو يأتى فيه
ما تقدم فى الشعر .

(ومنها) كونه ذا قروح أو ثآليل كثيرة أو بهق ، وهو بياض يعتري
الجلد يخالف لونه ليس ببرص ، أو أبيض الشعر فى غير أوانه ، ولا بأس
بحمرته .

(ومنها) كونه نماما ، أو ساحرا . أو قاذفا للمحصنات ، أو كذابا
أو به نفخة طحال ، كما قال الماوردي والرويانى ، أو مقامرا أو تاركا
للصلاة ، أو شاربا الخمر وفي وجهه صعيق لا رد بالشرب وترك الصلاة ،
حكاه الرافعى عن الرقم للعبادى وعن القاضى أبى الطيب تقييد الشرب
بأن يسكر ، ولا حاجة اليه ، لانه بالشرب يجب الحد ، نبه عليه مجلى ،
وأىضا يتخذ ذلك عادة ، وفي التهذيب أن الشرب المنقادم الذى تاب
عنه لا يثبت الرد بخلاف الزنا ، لأن سمة الشرب تزول عنه بخلاف
الزنا ، وقد تقدم عن القاضى حسين أن الابق لا يسقط أثره بالتوبة
والظاهر أنه كالشرب ، فيحتمل أن يكون القاضى مخالفا هنا وصاحب
التهذيب مخالفا هناك إلا أن يفرق •

(ومنها) كونه خنثى مشكلا أو غير مشكل (قال) الرافعى : وعن
بعض المتأخرين أنه أن كان رجلا ، وكان يبول من فرج الرجال فلا رد
(قلت) وهذا حكاه العمرانى عن القاضى حسين انه قاله فى باب
الجنائيات •

(ومنها) كونه وصل شعره بشعر غيره . قاله القاضى حسين
والأليق هذا فى صور التلبيس كالنصرية •

(ومنها) كون العبد مخنثا أى ممكنا من نفسه من عمل قوم لوط ،
والمخنث بكسر النون وفتحها والكسر أفصح . والفتح أشهر وهو الذى
خلقه كخلق النساء فى حركاته وهيئته وكلامه ونحو ذلك ، وتارة يكون
ذلك خلقة له فلا يأنم به وتارة يتصنعه فهو ماثوم مذموم ملعون •

(ومنها) كون الجارية رتقاء أو قرناء أو مستحاضة أو معتدة عن
زوج أو وطء بشبهة خلافا لأصحاب الرأى ، ونقل ابن أبى عصرون
أن صاحب الحاوى قال فى المعتدة : انها لا ترد لقرب المدة ، وأن
الشاشى قال : ما كان نقصا يستوى فيه القريب والبعيد ، وينبغى
لو كان بقى من عدتها يوم أن يثبت الخيار •

قال ابن أبى عصرون : وهذا حسن (قلت) والذى رأيت فى الحاوى
أن الخيار يثبت فى المعتدة وانما ذكر التعليل بالقرب فى الصائمة بعد

ذلك ، فغلغل ذكر الصائمة سقط بين ذلك من بعض النسخ التي وقعت له ، ولم أر ذلك في حلية الشاشي أيضا وهو عجيب ، والذي أفوله انه ينبغي التفصيل في المعتدة ان كان قد بقي من العدة زمن يسير لا يكون عيبا ، ويكون ذلك بمنزلة ما اذا كان العيب يسيرا يمكن البائع ازالته عن قرب ، وقد قالوا فيه : انه لا خيار للمشتري ، وان كان زمنا كثيرا لمخله أجرة كيوم يثبت الخيار ، كما تقدم اعتبار مثل ذلك في الأحجار أو بها لخن بفتح اللام والخاء المعجمة ، وهو تغيير رائحة الفرج قاله الروياني عن ابن الرزبان أو على لسانها نقطة سوداء اذا قال أهل الخبرة : ان ذلك نقص . قاله القاضي حسين أو تأكل الطين وقد أثر فيها قاله القاضي أيضا ولا غرق في ذلك بين الجارية والعبد أو كون الجارية مساحقة .

(ومنها) وقد تعرض له الشافعي أن يكون كل منهما : العبد والأمة أحرم باذن السيد . ثم باعه . ثم علم المشتري في زمن الاحرام فله الخيار . لأنه ليس له تحليله . نص عليه في الأم في كتاب الحج ، وان كان أحرم بغير اذن سيده ثم باعه فله للمشتري تحليله كالبائع ، قاله الجرجاني والنووي عنه ولا يثبت له خيار .

(قلت) ولنا وجه أنه ليس للبائع تحليله . وان كان بغير اذنه فمعلى هذا ليس للمشتري أيضا ، ويثبت له الخيار . وينبغي التفصيل في الاحرام . فان كان قد بقي زمن يسير كطواف أو حلق أو رمي في آخر الأيام لا يكون له الخيار . والا كان له الخيار اذا لم يمكن التحليل .

(ومنها) على ما قال الجوري : اذا باع عبدا قد نذر صوم شهر بعينه ، لأنه ليس له منعه بعد الدخول فيه ، قال : فان كان بالذمة من الصوم متفرقا فلا خيار لأنه له منعه ، وهو في ذمة العبد .

(قلت) وهذا يقتضي أن يطرد في كل صوم وجب على الفور يكون عيبا اذا كان طويلا يضر لشهر ونحوه كما مثل به . أما اليوم ونحوه فلا . والذي لا يجب عليه الفور يحتمل أن لا يكون عيبا كما قال ، ويحتمل أن يكون عيبا لأنه يضيق عليه اذا توقع الموت وعلى قياس ما قال لو كان

فاته صوم رمضان بمذر أو بغير عذر ينبغي أن يثبت الخيار ، لأنه لا يجوز له تأخيرها عن رمضان آخر . فيصير كشهريه بعينه وهو قريب الحصول .

(ومنها) تعلق الدين برقبتهما ، ولا رد بما يتعلق بالذمة ، ومثله المتولى والرويانى بدين القرض ، وحسن أن التجارة والشراء في الذمة خلافا لأصحاب الرأي ومالك ، ولو بان كون العبد المبيع مبيعا في جنابة عمد وقد تاب عنها فوجهان فان لم يتب فعيب (قلت) ينبغي أن يكون عيبا مطلقا كالسرقة والزنا وقد حكاه صاحب الاستقصاء وجهه ، وجنابة الخطأ ليست بعيب الا أن يكثر وهذا معناه اذا لم يكن أرشها باقيا .

ضمور
(ومنها) الكعيبين وانقلاب القدمين الى الوحشى والخيلاق الكثيرة وآثار الشجاج والقروح والكى وسواد الأسنان وذهاب الأشفاق والحلف المغير للبشرة وكون احد ثديي الجارية أكبر من الآخر ، والحفر في الانسان وهو تراكم الوسخ الفاحش في أصولها ، ذكر هذه الأهد عثر القاضي ابو سعيد في فصل في عيوب العبيد والجوارى في شرح آدب القاضي لابي عاصم ، ونقله الرافي عنه ، ولو وجد الجارية لا تحيض وهي صغيرة أو ايسه فلا رد ، وان كانت في سن يحيض النساء في مثله غالبا فله الرد ، وضبطه القاضي حسين بعشرين سنة ، ولو تطاول طهرها وجاوزت العادات الغالبة للنساء فله الرد ، هكذا قاله المتولى والرافعي . وقال القاضي حسين : اذا انقطع سنة فأكثر فان كانت لها عادة معلومة فعيب ، وان لم يكن لها عادة فليس بعيب ، وفي عبارة الرويانى اعتبار عادة البلد ونسبه الى النص ، والحمل في الجارية عيب وفي سائر الحيوانات ليس بعيب على الصحيح الذي اقتضاه ايراد الرافي هنا وقطع به المتولى وقال في التهذيب : عيب . وقال ابن الرفعة في الكفاية : ان الرافي قال في الصداق انه أظهر الوجهين ، والذي قاله الرافي في الصداق أنه أظهر الوجهين انما كان في الجوارى زيادة من وجه ونقصانا من وجه ، لأنه يضر بطيب اللحم في المأكول وبالحمل في غير المأكول . وفي التناقض بين تصحيح الرافي نظر ، فان النظر في الصداق في الزيادة والنقص الى حصول غرض صحيح أو فواته ، ولا نظر الى القيمة ولا نقصان العين كما هو الضابط ههنا ، لهد لا يكون

الحمل في الحيوانات عيبا في البيع . لأنه لا ينقص من العين ولا من القيمة ، ويكون نقصا في الصداق من وجه لغوات غرض به وفيه نظر .

ومن العيوب كون الدابة جموحا أو عضوضا أو رموحا أو حثيئة المشى بحيث يخاف منها السقوط . وشرب البهيمة لبن نفسها . وقلة أكل الدابة . وشرط المتولى والرويانى في الجموح أن لا تنقاد الا باجتماع الناس عنها ، وهو بعيد ، وان كان في كلام القاضى حسين ما يفهمه . قال القاضى حسين : ولو كانت ترهب من كل شيء تراه فله الرد أيضا .

وقال الهروى : من عيوب الدواب الجران وأن يكون اذا أعلم قبل الرحال وهو محل ومن العيوب كون الدار أو الضيعة منزل الجند . قال القاضى حسين في فتاويه : هذا اذا اختصت من بين ما حواليتها بذلك ، فان كان ما حولها من الدور بمتابقتها فلا رد ، وكونها ثقيلة الخراج . وان كنا لا نرى أصل الخراج في تلك البلاد وتفاوت الرغبة والقيمة ، ونعنى بثقل الخراج كونه فوق المعتاد في أمثالها وفي وجهه عن حكاية أبى عاصم لا رد لنقل الخراج ولا بكونها منزل الجند ، وألحق في التتمة بهاتين الصورتين ما اذا اشترى فوجد بقربها قصارين يؤذون بصوت الدق ، ويزعزعون الأبنية ، وأرضا فوجد بقربها خنازير تفسد الزرع ، وحكى الرويانى في هاتين المسألتين وجهين ، وأطلق القاضى حسين في الفتاوى انه اذا اشترى أرضا فوجدها مرتع الخنازير أن له الرد قال : وقال العباد : ليس له الرد .

ولو اشترى أرضا يتوهم أن لا خراج عليها فبان خلافه ، فان لم يكن على مثلها خراج فله الرد وان كان على مثلها ذلك القدر فلا رد . هكذا في التتمة والرافعى وفي فتاوى القاضى حسين . وهذا يقتضى تفسير الخراج بشيء غير أجره الأرض فانه اذا لم يعلم أن على الأرض أجره وظن أن الأرض ملك البائع وورد العقد عليها ثم خرجت بخلاف ذلك تخرج على تفريق الصفقة لا لأجل الخراج ، بل لخروج بعض المبيع مستحقا . وقال صاحب التتمة : لو شرط أن لا خراج عليها فبان عليها خراج فله الرد قل أو كثر ، يعنى ولو كان على أمثالها وهو ظاهر .

وقال الغزالي في الفتاوى : لو استترى أرضا فبان أنها تبير اذا بارت رجلة (١) ويضر بالزرع لئله الرد ان قلت الرغبة بسببه •

ومن العيوب كون الماء مسخنا على أصح الوجهين ، ولو باع الطاهر من الأواني بالاجتهاد لزمه تعريف المشتري ، فان لم يعرفه فهل له الخيار ؟ وجهان حكاهما الروياني ، ولو باع عشرين صاعا من ماء في بئر فاستقى منها تسعة عشر فلما أخرج الصاع الأخير وجد فيه فأبرة ميتة ولم يتغير الماء بها فأريق هذا النجس . وقال البائع : استلم الصاع من الباقي في البئر لأنه كبير ، وطلب المشتري فسوخ البيع كان له الفسخ لأن هذا الماء نجس عند بعض الفقهاء فقتلناه النفس ، فيصير كسبب أصابه بما اشتراه ، نص عليه الشافعي ، ونقله عنه الروياني • والرمل تحت الأرض ان كانت مما يطلب للبناء ، والأتجار ان كانت مما يطلب للزرع والغرس وقد تقدم الكلام في ذلك في باب بيع الأصول والثمار ، فليُنظر هناك •

ومن العيوب نجاسة المبيع اذا كان ينقص بالغسل وظهور ماله يوشف المبيع وعليها خطوط المتقدمين ، وليس في الحال من يتسهد بذلك عيب ، ونقل ذلك عن العدة ، وقال صاحب البحر : وغرضهما ههما اذا علم أنها ليست مزورة • ونقلها عن بعض أصحابنا بالعراق وعن اختيار مشايخ طبرستان • قال الروياني : وكذلك اذا ادعى مدع يعول على دعواه وفقهيا يحتمل أن يقال ذلك عيب • وهذا اذا سبقت الدعوى البيع وان بعد البيع وقيل القبض •

(فرع) قال الهروي : فصل في عيوب العبيد والجواري التي اجتمع عليها الباحثون وأفتى بها المفتون التابع في الخلق وتغير الأظفار والخلف هذا في العينين والسعال والصكك وهو اصطكاك القدمين • هذا لابن أبي ليلى والكوع وهو خروج العرقوب عن الغدم في اليمين والشمال ، والفرع وهو يتوسط القدم والنقرة والشامات الا شامة بيضاء والغدد والعقد والكسف ، وهي دائرة في قصاص الناصية

(١) رجلة ورجلى — كسرى — يتعثر فيها الراجل اى الماشى على قدميه .
(المطيعي)

والعس والجماجم في غير مواضعها والكشف في الجبل اكتواه في عسيب
ذنبه . والسلوم في الأسنان والشقاق في اليدين والرجلين واختلاف
الأضلاع والأسنان وجرم اليسوى ، والأذن اذا اتسعت ثم خيضت ،
والنمش والسمط وأثار جلد خطوط النسيان وأكل الطين ، هذا لتسريت
القاضي وحضاب الشعر وتجعيده والوشوم والعنة في الصوت . وهذا
لحفص بن عياث والترس أخفى من البرص واللواظ والابنه والحوول
والفدع وذباب الأتسار وأن لا يثبت عامها حدث في زمان أبى عمر
القاضي المالكي وأن يكون شتاما كذابا .

(فرع) قال الزبيرى في المقتضب : لو اشترى دارا بحدودها
ثم علم أن أحد حيطانها ليس لها غله الخيار .

(قلت) وينبغي أن يكون ذلك على تفريق الصفقة ، لأن الإشارة
تشمل الجميع ومن جملتها الجدار الذى تبين أنه ليس لها . وقال
الصيمرى : لو اشترى عبدا فبان أنه أخو المشتري أو عمه غله الخيار
لأن النفس لا تكاد تطيب باسترقاقه ، وفيه نظر ، لأن هذا معنى خاص
بالمشتري ، وقد صرح البغوى والرافعى بأنه لو اشترى جاريه فبان
أخته من النسب فلا خيار ، وقال ابن الصباغ : لو كانت محرمة عليه
بنسب فلا خيار .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجدته يبول في الفراش — فان كان صغيرا — لم يرد ،
لأن بول الصغير معتاد فلا يعد عيبا ، وان كان كبيرا رد ، لأن ذلك
عامة ونقص) .

(الشرح) اذا كان صغيرا فلا خلاف في أنه ليس بعيب ، سواء
في ذلك الطفل والطفلة ، وقدره صاحب التهذيب بما دون سبع سنين ،
وكثير من الأصحاب لم يضبطوا ذلك بمقدار ، بل لا يكون مثله يتحرز
منه كذلك قال القاضي أبو الطيب ، وان كان كبيرا ، وهو ما زاد على
ذلك فهو عيب في العبد والأمة ، وعن أبى حنيفة أن له الخيار في الجارية

دون العبد • لأن الجارية يتخذها للفراش فيتأذى به وليس كذلك العبد •
وأجاب أصحابنا بأن العبد يغسل الثياب التي ينام فيها ويحتاج الى من
يغسلها وينظفها ، وهذا نقص فيه • وزعم الفارقي أن المصنف لم يذكر
العلة بتمامها وان كان معتادا من الصبي لا يخرج عن كونه عيبا • وتمام
العلة أن يقول : هو معتاد من الصبي ومآله الى الزوال فكان في حكم
الزائل •

ولو اشترى عبدا وكان يبول في فراشه ولم يعلم الا بعد كبر العبد ،
قال الروياني : لم يكن له الرد ويرجع بالأرثس لأن علاجه بعد الكبر
عيب ، فصار كبره عنده كالعيب الحادث ، هكذا قاله الروياني ، وكأنه
فرض المسألة فيما اذا كبر الى سن عالية فوق كبره حاله المبيع بحيث
يكون علاجه أصعب • أما البول في حالة الصغر فليس بعيب سواء أكبر
عند المشتري أو لم يكبر ، لا رده ولا أرش •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجدته خصيا ثبت له الرد ، لأن العقد يقتضى سلامة الأعضاء
وهذا ناقص) •

(الشرح) الخصى الذى نزع خصيتاه وسلتا ، وقيل : من قطعت
أنثياه مع جلدتهما • فعلى هذا التفسير قد دخل في قول المصنف فيما
مضى : أو مقطوعا • فيكون قد نص عليه ليكون أصرح • وعلى كل
تقدير هو عيب كما ذكره المصنف وقد ذكر عند الضابط في أول الفصل
زيادة كلام فيه • وأن زيادة قيمته لا تمنع من كونه عيبا • فإذا اشترى
عبدا مطلقا فخرج فعلا لم يثبت الرد • وان خرج خصيا ثبت الرد •
وكذلك البهيمة اذا وجدها خصيا ثبت الرد • قاله الجرجاني •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجدته غير مختون — فان كان صغيرا — لم يثبت له الرد
لأنه لا يعد ذلك نقصا في الصغير ، لأنه لا يخاف عليه منه ، وان كان

كبيراً أثبت له الرد لأنه يعد نقصاً لأنه يخاف عليه منه ، وإن كانت جارية لم ترد ، صغيرة كانت أو كبيرة لأن ختانها سليم لا يخاف عليها منه) .

(الشرح) هذا كما قال : وضبط الروياني الصغر هنا بسبع سنين فما دونها ، وفيه وجه أن ذلك لا يكون نقصاً في العبد الكبير أيضاً . ووجه ثالث حكاه الروياني وقطع به المتولى أن كان الكبير من سبى الوقت من قوم لا يختنون فلا خيار . وحكى في الجارية وجهين . قال : قللاً : والصحيح أنه يثبت الخيار لأنه لو كان فيها اصبع زائدة ثبت الخيار ولا يستحق قطعها ، فلأن يثبت هنا وتستحق إزالة هذه الجلدة أولى .

والجواب عما قلناه أن الاصبع الزائدة وجودها نقص ، ويخشى من إزالتها ، وهي خلاف الأصل ، بخلاف ما يقطع من الجارية . وفي كلام المصنف إشارة إلى أنه إذا وجدته مختوناً فلا خيار ، سواء أكان صغيراً أم كبيراً ، وهو كذلك إذا لم يحصل بالختان نقص ولم يكن شرط أنه أكلف ، فإذا كان قد شرط ذلك فبان مختوناً قال المتولى أن كان فيه غرض بأن كان الغلام مجوسياً ، أو علم أن المجوس يرغبون فيه فله الخيار ، وإن كان بخلافه فلا خيار .

ولو اشترى عبداً أكلف فختنه وإن قل الموضع ثم وجد به عيباً قديماً فله رده لأن الختان زيادة فضيلة وليس بعيب . قاله صاحب التتمة والروياني ، ويحتاج المتولى إلى فرق بين هذا والمسألة السابقة إذا شرط أنه أكلف فخرج مختوناً . حيث فصل ويمكن الفرق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن اشترى جارية فوجدتها مغنية لم ترد ، لأنه لا تنقص به العين ولا القيمة ، فلم يعد ذلك عيباً) .

(الشرح) هذا مذهبنا . وحكى أصحابنا عن مالك أن له الخيار ، لأن الغناء حرام . وذلك نقص فيها . ومنع بعض أصحابنا تحريمه .

وبتقدير تسليمه فالمحرم فعله • فله أن يمنعها من استعماله • وأما معرفته فليست بحرام • حتى قال الروياني : لو شرط أنها مغنية فكانت مقرئة فله الخيار — يعنى لأن له غرضا في ذلك — والقراءة فضيلة لكن لا يحصل غرضه كما لو شرط أنه خصى فخرج فعلا •

وقول المصنف : لا تنقص به العين ، احتراز من الخصاء به ، وحكم العبد في ذلك حكم الأمة ، فلو وجده زامرا أو عالما بالمعزف أو العود فليس له الرد ، والسيد قادر على منعه من العمل ، وما ذكرناه من أن الغناء ليس بعيب عندنا هو المشهور (وقال) الهروي في الاشراف : وإذا كانت مغنية فاختلف فيها الحموى وغيره من أصحابنا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد ، لأن الثيوبه والكبر ليس بنقص وانما هو عدم فضيلة) •

(الشرح) كثير من الأصحاب أطلقوا هذا الحكم وقالوا : إذا لم بشرط بكارتها ولا ثيوبتها فخرجت بكرا أو ثيبا لم يكن له الخيار لأنه لم يحصل شرط ولا تدليس ولا عرف غالب يدل على ذلك ، وذلك الاطلاق محمول على ما إذا كانت في سن يغلب فيه الاستمتاع بها ، أما إذا كانت صغيرة وكان المعهود في مثلها البكارة ، فخرجت ثيبا ، ثبت الرد ، وممن قاله المتولى والرافعي ، وأشعر كلام الروياني في ذلك خلافا ، فانه حكى الاطلاق ثم قال : ومن أصحابنا من قال : أن كان مثلها يكون بكرا في العادة فوجدها ثيبا له الخيار ، لأنه وجدها على خلاف المعهود ، قال : وهذا أصبح عندي (قلت) والأولى أن ينزل ذلك الاطلاق على هذا ، ولا يكون في المسألة خلاف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان وجد الملوك مرتدا أو وثيبا ثبت له الرد ، لأنه لا يقر على دينه) •

(الشرح) الردة عيب قضا في الملوك الذكر والأنثى ، وما سواها من الكفر . فالكتابي قد ذكره المصنف بعد هذا ، وما بين هذين من أنواع الكفر الأصلي كالوثن والتمجس قيل : لا رد ، لا في العبد ولا في الاماء ، وبهذا قطع صاحب التتمة .

وقال صاحب التهذيب : ان وجد الجارية مجوسية أو وثنية فله الرد ، لأنها محرمة على كافة^(١) الناس ، وان وجد العبد كافرا أصليا أي كفر كان فلا رد ان كان قريبا من بلاد الكفر ، بحيث لا تقل الرغبة فيه ، وان كان في بلاد الاسلام بحيث تقل الرغبة في الكافر وتنقص قيمته فله الرد ، وصحح الراعي والنووي ما قاله في التهذيب . وقال القاضي أبو الطيب : انه اذا اشترى عبدا مطلقا فخرج كافرا لم يكن له خيار ، وهذا الاطلاق أقرب الى موافقة صاحب التتمة .

وفصل القاضي حسين بين دار الاسلام كما نقل صاحب التهذيب ، وما قاله المصنف يظهر أنه مخالف للوجهين ، فإنه أطلق الرد بالوثن ، وتعليه بأنه لا يقر عليه يقضى أن العبد الوثني يقبل ، والمعروف في المذهب خلافه ، ومن كلام المصنف وكلام صاحب التتمة والتهذيب يخرج في العبد ثلاثة أوجه .

(أحدها) أنه لا يرد بالكفر الأصلي مطلقا ، وهو قول صاحب التتمة . (والثاني) وان كان في بلاد الاسلام يرد به والا فلا . وهو قول صاحب التهذيب (والثالث) يرد ان كان وثنيا ، وهو قول المصنف ، ويحتمل أن يكون المصنف يوافق صاحب التهذيب في المجوسى ان كان في بلاد الاسلام فرض أن قيمته تنقص بذلك .

وأما الجارية غما ذكره صاحب التهذيب فيها يتعين لنقصها بالنسبة الى امتناع وطئها على كل أحد ، سواء أكانت مجوسية أو وثنية ، والكتابية سيأتى حكمها ، والمرتدة لا اشكال في كونها ترد ، لأنها لا تفرق ،

(١) سبق التنبيه على خطأ هذه العبارة والصواب : مجيء (كافة) حالة ، فيقول : الناس كافة - بلا اضافة . (المطيعي)

وأطلق الشيخ أبو حامد في الجارية ، والقاضي أبو الطيب في العبد انه لا يرد بالكفر ، وأطلق الامام الكلام اذا اشترى عبدا فخرج كافرا . ونقل عن عامة الأصحاب أنه عيب . وعن العراقيين أنهم ذكروا وجهها أنه ليس بعيب . وفصل هو ان كان الاسلام غالبا في موضع العبد والكفر منقوص قيمته فهو عيب ، وان لم يكن الايمان غالبا في العبيد ، بل كانوا منقسمين . وكان الكفر منقصا للقيمة ، فهذا فيه تردد ، وظاهر القياس أنه ليس بعيب ، والظاهر النقل أنه عيب ، وان لم يكن الكفر منقصا والعادات مضطربة فالوجه القطع بأن الكفر لا يكون عيبا . وقال قبل باب بيع جبل الحبل اذا اشترى المسلم عبدا فخرج كافرا ان اشتراه في بلاد الاسلام فله رده ، فانه نادر في هذه الديار ، وان اشتراه في دار الحرب فخرج كافرا فالذى ذهب اليه الأكثرون أنه لا يرد ، وكان شيخى يقول : يثبت الخيار ، ومما ذكره الامام يخرجه وجه رابع أن الكفر عيب مطلقا ، وما نقله عن الأكثرين هنا موافق لما قاله صاحب التهذيب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجده كتابيا لم يثبت له الرد ، لأن كفره لا ينقص من عينه ولا من ثمنه) .

(الشرح) هذا موافق لصاحب التتمة . ومخالف لصاحب التهذيب والرافعى في التفصيل بين أن يكون في بلاد الاسلام وقيمة الكافر أنقص فثبت الرد أو لا فلا فرق عند صاحبى التتمة والتهذيب في ذلك بين العبد والأمة ، صاحب التتمة يقول : انه لا يرد فيها وصاحب التهذيب يطرد تفصيله المذكور فيها . ولعل اطلاق المصنف وغيره محمول على ما قال صاحب التهذيب ، حيث لا تكون القيمة تنقص بذلك ، فان تعليلهم يرشد اليه . وقد تقدم أن الامام أطلق الكلام في الكفر ، ونقله عن عامة الأصحاب أنه عيب . والأصح ما نقله قريبا من باب بيع جبل الحبل هو التفصيل الموافق لصاحب التهذيب وهو قد خالف مالكا رحمه الله فقال : انه يثبت الرد بالكفر لأنه نقص . وأحباب الأصحاب بأن الكفر نقص في الدين ، والبيع انما يقصد به المال . وكفر الكتابى سبب في تكثير ماليته . لأنه يشتريه الكافر والمسلم وكثرة الطالبين تقتضى

كثرة الثمن • قال الفارقي : وقد ثبت هذا المعنى في اعتاق الكافر في الظاهر أنه يعتبر فيه الاسلام ككفارة القتل • ولا يفرق بالتعليق لما تبين أن المسلم أقل قيمة من الكافر ، ومحل التكفير وهو الرقبة واحد ، فبستوى بين الكفارتين فيه كما يستوى بينهما وبين كفارة اليمين في محل الصوم فلا يجوز في يوم العيد والحيف وان اختلفا في مقداره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى أمة فوجدها مزوجة ، أو عبدا فوجده مستأجرا ، ثبت له الرد ، لأن اطلاق البيع يقتضي سلامة المنافع للمشتري ، ولم يسلم له ذلك ، فثبت له الرد) •

(الشرح) هذا كما قال ، لأن المزوجة يستحق الزوج تسليمها في بعض الأوقات غيפות على السيد منفعتها في ذلك الوقت ، والمستأجر منفعته فائتة الى انتهاء مدة الاجارة ، وقد صح أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه اشترى من عاصم بن عدي جارية فأخبر أن لها زوجا فردها ، وورد في سنن البيهقي في الأمة تباع ولها زوج أن عثمان قضى أنه عيب ترد منه ، ونقل ابن المنذر الاجماع عليه ، وفي البيان حكاية وجه في الترويح وهو ضعيف ، بل باطل لنقل ابن المنذر •

ولو قال زوجها لها : ان برئ المشتري من الثمن فأنت طالق ، وكان قبل الدخول ثم علم المشتري بالترويح ، هل له الخيار ؟ فيه احتمالان في البحر • (أحدهما) نعم ، لثبوت العيب وجواز موت الزوج قبل براءة المشتري ، فيلزمها عدة الوفاة (والثاني) لا ، لعدم الضرر ، لأن عدة الوفاة ان وجبت ثبت الخيار بها . لأنها عيب حادث ، أى من سبب متقدم في يد البائع ام يقع الرضا به ، وحكم ترويح العبد حكم ترويح الأمة يرد به أيضا الا أن الاجماع المنقول في الأمة خاصة وأطلاق كثير من الأصحاب ذلك •

وقال صاحب التتمة : انه اذا كان تزوج بغير اذن سيده ودخل بها وقلنا : المهر يتعلق برقبته كان حكمه حكم العبد الجانى ، ويجب

تقييد اطلاق غيره بذلك . قال صاحب التهذيب : ولو علم العبد
ذا زوج ، ولكن لم يعلم أن عليه مهرا ولم يعلم قدره فله الرد ، كما
لو اشتراه عالما بالعيب ولم يعلم مقدار له الرد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى شيئا فتبين أنه غبن في ثمنه لم يثبت له الرد ،
لما روى « أن حبان بن منقذ كان يخدع في البيع ، فذكر ذلك للنبي
صلى الله عليه وسلم فقال : اذا بعث فقل : لا خلافة ، ولك الخيار
ثلاثا » ولم يثبت له خيار الغبن ، ولأن المبيع سليم ولم يوجد من جهة
البائع تدليس ، وانما فرط المشتري في ترك الاستظهار فلم يجز له
الرد) .

(الشرح) هذا الحديث قد ذكره المصنف في أول كتاب البيوع ،
فيكتفى بما تقدم من كلام النووى عليه ، والأصح أن الذى كان يخدع
منقذ والد حبان ، والحديث صحيح فى الجملة ، ومعنى لا خلافة : لا غبن
ولا خدعة ، وجعلها الشرع لاثبات الخيار اذا قالها ثبت الخيار ، صرح
باشتراطه أم لا .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « ولك الخيار » اعلام منه بثبوت
الخيار (وقوله) ولم يثبت له خيار الغبن من كلام المصنف ، وليس
من الحديث ، ووجه الدلالة منه ظاهر . لأنه لو كان يثبت الخيار
بالغبن لبينه النبي صلى الله عليه وسلم ولم يحتج أن يعد اشتراط
خيار الثلاث أو أن يجعل له الخيار ثلاثا ، بقوله « لا خلافة » وقد ورد أن
حبان كان اذا اشترى غرجع الى أهله فيقولون له : اردده فانك قد
غبنت أو غششت فيرجع الى بيعه ، فيقول خذ سلعتك ورد دراهمي
فيقول : لا أفعل قد رضيت فذهبت به حتى يمر الرجل من أصحاب النبي
صلى الله عليه وسلم فيقول : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد
جعله بالخيار فيما يبتاع ثلاثا ، غترد عليه دراهمه ويأخذ سلعته .

فلو كان الخيار ثابتا بالغبن لكل أحد لم يكن الخيار خصوصية

بذلك فظاهر قضية حبان أنه كان بالخيار ثلاثا ، سواء عين أو لم يعين ، وهل ذلك خاص به لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعله بالخيار ؟ أو هو ثابت بالشرط كما هو في حق غيره ؟ مساق هذه القصة التي حكيتها بشعر بالأول ، فإنه لو عرف البائع شرط الخيار لم يخالفه وإلى ذلك ذهب بعضهم . وتعليل : أن ذلك بالشرط وهو عام له ولغيره ، وكيفما كان فالدلالة منه ظاهرة في عدم ثبوت الخيار بالغبن ، وما ذكره المصنف من المعنى ظاهر أيضا ، فإن المبيع لا عيب فيه ، ولا تدليس . لأن الغرض كذلك فانتفى موجب الخيار .

وقال أصحابنا : لا يثبت الخيار بالغبن سواء أفتاحش أم لا . وإن استترى زجاجة بثمن كثير وهو يتوهمها جوهرة فلا خيار له ولا نظر إلى ما يلحقه من الغبن لأن التقصير منه ، حيث لم يراجع أهل الخبرة . ونقل المتولي وجها شاذا أنه كثرأ الغائب ، ويجعل الرؤية التي لا تفيد المعرفة ولا تنفي الغرر كالمعدومة . قال أصحابنا : وثبوت الخيار في المعيب للنقص لا للغبن ، ولهذا لو كان مع العيب يساوي أضعاف ثمنه ثبت له الرد ، وهو عيب في يد البائع ثبت الخيار . ولو نقصت قيمته بانخفاض الأسواق فلا . ويخالف تلقى الركبان لأن هناك وجه منه تغيير بالاخبار عن السعر على خلاف ما هو . ولا طريق إلى الاستكشاف .

ويخالف الغبن في مسألة الرابعة لأن هناك علق العقد الثاني بالأول ، والمخالف لنا في هذه المسألة مالك وأحمد وأبو ثور : أما مالك فقال : أن غبن بأقل من الثلث فلا خيار له ، وإن كان بالثلث أو أكثر فله الخيار . هكذا نقل أصحابنا عنه ، وهو قول بعض أصحابه . قال القاضي عبد الوهاب : ولم يجد مالك في ذلك حدا ، ومذهبه إذا خرج من تغابن الناس في قبيل تلك السلعة ، ثم أصحابنا نقلوا هذا مطلقا ، وشره عند المالكية أن يكونا أو أحدهما غير عارف بتقلب السعر وتغيره في عقده ، فإن كانا جميعا من أهل البصر بتلك السلعة وأسعارها في وقت نبيع فلا خيار ، سواء أكان الغبن قليلا أو كثيرا . قاله القاضي عبد الوهاب .

وأما أحمد فقال : ان كان المشتري مسترسلا غير عارف بالبيع ،
وإذا عرف لا يعرف ثبت له الخيار بالغبن ، وان كان من أهل المعرفة
لو تأمل فيه لعرف أن قيمته لا تبلغ ذلك المبلغ فلا خيار له . وأما
أبو ثور فأطلق عنه النقل باثبات الخيار وأنه ان غاتت السلعة رجع
المغبون بقدر الغبن ونقل ابن المنذر عنه أن البيع — فيه غبن لا يتغابن
الناس بمثله — فاسد ، وهذا النقل عنه أثبت عندنا من الأول .

ونقل أصحابنا عن المالكية أنهم احتجوا بحديث «لا تلقوا الركبان»،
وكونه أثبت الخيار بالغبن ، وبحديث «لا ضرر ولا ضرار» ، وبالقياص
على الغبن بالبيع ، وأجاب الأصحاب عن الأول بأن الخيار ثبت للتغير ،
فان المشتري غره . وعن الثاني بأننا نقول بموجبه ، وعن الثالث بأن
خيار العيب لم يكن للغبن ، بل لاقتضاء البيع السلامة ، وبأن العيب
يستوى فيه الموجود عند العقد والحادث قبل القبض وههنا لا خيار
إذا حدث نقصان القيمة قبل القبض اتفاقا بأن العيب لا يفرق فيه
بين الثلث أو أقل أو أكثر ، وهم لا يقولون به هنا ، وقد قال أصحابنا :
يكره غبن المسترسل ، واطلاق الكراهة في ذلك محمول على ما إذا لم
يستنصحه المسترسل ، أما إذا استنصحه فيجب نصحه ، ويصير غبنه
إذا كان خديعة محرمة ، هكذا اعتقده من غير نقل .

والمنقول عن مذهبنا ومذهب أبي حنيفة من القول بلزوم العقد
لعله لا ينافي التحريم ، أو محمول على ما إذا لم يستنصحه كما تقدم ،
قال ابن المنذر : وقال بعضهم : كل بيع باعه رجل من مسترسل واخذه
فيه ، أو كذبه فالمشتري في ذلك بالخيار إذا تبين له ذلك .

(فرع) فيما نتوهم أنه عيب ، وليس بعيب لا رد فيه ، فكون
الرقيق رطن الكلام أو غليظ الصوت أو يسيء الأدب أو ولد زنا ، خلافا
لأبي ثور ، وسواء أكان مجلوبا أو مولدا خلافا لأبي حنيفة ، ولا يكونه
يقتل النفس أو بطيء الحركة أو فاسد الرأي أو حجاما أو أكولا أو قليل
الأكل بخلاف الدابة في قلة الأكل بحيث ترد وعن القاضي حسين إلا أن
تكون قلة أكل العبد لعله . ولا يحتاج الى ذلك لأن تلك العلة كافية
في الرد ولا يكون الأمة عقيما وكون العبد عتيقا ، وعن الصيمري اثبات

الرد بالتعنين وهو الأصح عند الامام • ولا يكون الرقيق ممن يعتق على المشتري ولا تكون الأمة أخته أو غيرها ممن يحرم عليه من الرضاة أو النسب كما قاله الفاضل حسين والماوردي والبغوي وغيرهم أو المصاهرة كأنه أمراة أو موطوءة أبيه أو ابنه • بخلاف المحرمة والمعتدة : لأن النحریم هناك عام فقتل الرغبة • وهنا خاص به ، وفي وجهه رواء ابن كج يلحق ما نحن فيه بالمحرمة والمعتدة • حكاه الرويانى فى موطوءة الأب وضعفه •

وقد تقدم عن الصيمرى اثبات الخيار فيما اذا بان أن العبد أخو المشتري أو عمه ، وقياسه بغير شك أن يقول هنا فيما اذا بان أخته من النسب بالخيار ، وهو موافق فى الرضاع على عدم الخيار • وكذلك فى المصاهرة • ولا أثر لكونها حائمة على الصحيح • وفيه وجه (قال) الرافعى ضعيف • وقال النووى باطل • ولو وجد العبد غاسقا قال الرويانى : لا خيار بالاجماع • قال ذلك عند الكلام مع الحنفية فى الكفر ، وينبغى أن يقيد ذلك ، فان من أسباب الفسق ما يرد به ، وقد تقدم كثير منه •

قال ابن الرفعة : انه اذا كان العبد مرتدا حال العقد وقد تاب قبل العلم لا يرد به على المذهب ، يعنى فى ارتفاع العيب قبل العلم به — وفيه نظر — لأن ذلك قد ينفر عنه لتوهم سوء سيرته • والأولى ما قاله فى الحاوى فى كتاب الرهن أن ذلك عيب فى الحال • قال ابن الرفعة بعد حكاية ذلك : وأما اذا قلنا انه ليس بعيب فهل له الرد به ؟ فيه وجهان • وهذا كلام عجيب • كيف يكون له الرد بما ليس بعيب • ولو اشترى شيئا فبان أن بائعه باعه بوكالة أو وصاية أو ولاية أو أمانة حاكم • فهل له الرد لخطر فساد النيابة ؟ فيه وجهان حكاهما الماوردي • قال النووى : (الأصح) لا رد •

ولو اشترى شقصا من عقار على ظنه أن الباقي للبائع فبان أنه لغيره وأن له الشفعة فلا خيار له لعدم الضرر على تقدير الأخذ أو الترك • قال المتولى : ولو كان الرقيق أصلع • قال القاضى حسين فلا رد بخلاف الأقرع ، وفيه نظر ، وقد تقدم بأنه لا رد بكون الرقيق

في ذمته مال وكذلك قتاله الماوردي . قال : وقال العراقيون : نه الرد ، وليس بصحيح وأراد بالعراقيين أبا حنيفة وأصحابه . فنبهت على ذلك لتلايتوهم من لا معرفة له أنهم العراقيون من أصحابنا .

ولو اشترى فلوسا فكسرت قبل القبض ، ومنع السلطان المعاملة بها لم يفسخ العقد ، خلافا لأبي حنيفة . قتاله في العدة ونقله العمراني عنه . فهذه جملة مما يرد به وما لا يرد : ولم أذكر منها شيئا الا منقولا ، ولا سبيل الى حصولها ، وفي الضابط المتقدم كفاية .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى عبدا بشرط أنه كاتب فوجده غير كاتب ، أو على أنه يحسن صنعة فوجده لا يحسن ، ثبت له الرد لأنه أنقص مما شرط فجاز له الرد) .

(الشرح) هذا الفصل للسبب الثالث من أسباب الخيار . وهو خلاف ما ظن بالانترام الشرطي ، والغزالي يرى أنه الأصل للسببين الماضيين . وهما التغيرير الفعلي وانتفاء الغرض . وقد تقدم الكلام في ذلك . وقد بنى المصنف كلامه على صحة البيع مع خلف الشرط ، وذلك هو المشهور عندنا وعند جمهور العلماء ، وقد تقدم أن الحناطى حكى قولاً غريباً أن الخلف في الشرط يوجب فساد البيع والتفريع على المشهور . فإذا شرط أنه كاتب أو يحسن صنعة فخرج بخلاف ذلك ثبت له الرد . وقول المصنف « لأنه أنقص مما شرط » أى فصار كالمعييب الذى يخرج أنقص مما اقتضاه العرف . ولهذا يعبر الغزالي وغيره بخيار النقيصة في الأسباب الثلاثة المذكورة في هذا الباب . واكتفى المصنف بالأمثلة عن الضابط وقد ذكر الامام والغزالي والرافعى ضابطاً . واختلفت عباراتهم فيه . وجملته أن الصفات على ثلاثة أقسام :

(الأول) التى تتعلق بها زيادة مالية يصح الترامها ويثبت الخيار بالخلف فيها (الثانى) ما يتعلق بها غرض صحيح غير المال ، والخلف فيها يثبت الخيار وفاقاً أو على خلاف فيه ، وذلك تحت قوة الغرض

وصعفه • هكذا قال الرافعي • وأطلق الإمام والغزالي جريان الخلاف في هذا القسم (والثالث) ما لا تتعلق به مالية ولا غرض مقصود ، فاشتراطه لغو ولا خيار يفقده ، وأجاد النووي في الروضة فجعلها قسمين (أحدهما) يتعلق به غرض مقصود والخلف فيه يثبت الخيار وغاها أو على خلاف •

(والثاني) لا يتعلق به غرض مقصود فاشتراطه لغو • وهذه العبارة أولى فانه قد يفوت الغرض دون المال ، ويثبت أن خيار قطعاً ويفوت المال دون الغرض ، فيجوز الخلاف كما يأتي في الخصي والفحل •

فالمعتبر أن غرض وبفوته يحصل الوفاق ، وبضعفه يحصل الخلاف ، وبانتفائه بالتخليع يقض بعدم الخيار ، ومساائل الفصل منزلة على هذا الضابط • فالمثالان اللذان ذكرهما المصنف هنا من القسم الأول يفوت بهما مالية وغرض قوى • وكذلك لا خلاف فيهما • قال الأصحاب : ويكفي أن يوجد من الصفة المذكورة ما ينطلق عليه الاسم ولا يشترط النهاية فيها • بقي شرط الكتابة عند الإخلاق يكفي اسم الكتابة وإن لم يكن مستحسنًا • ولو شرط حسن الخط • فإن كان غير مستحسن في العادة فله الخيار • وإن كان مستحسنًا فلا خيار له •

قال صاحب التتمة : والكلام في كون هذا الخيار على الفور • وفي كيفية الفور على ما تقدم في العيب سواء • ممن صرح بهذا صاحب التهذيب ، وإن اختلفا فقال المشتري : اشتريت بشرط الكتابة • وأنكر البائع تحالفاً ، وقيل القول قول البائع مع يمينه • قاله في التهذيب •

(فرع) قال القاضي حسين : ولو شرط أنه حجام فأخلف ثبت الخيار ، وإن كان صادقاً في جملة الحرف غير الحجامة •

واعلم أن هذا الفرع الذي ذكره القاضي يحتمل أن يكون مجزوماً به ، ويدل ذلك على أنه لا عبرة بزيادة المالية من جهة أخرى ، مع خواتها من الجهة المشروطة وكذلك شرط الكتابة قد يخلف ويكون متصفاً

بصفات تزيد على قيمة الكتابة فلا يمنع ذلك من قولنا أنه غرض ومالية ، على أنى نهبت أن الأجود اعتبار قوة الغرض وضعفه دون اعتبار المال ، والغرض قد يتعلق بصفة ولا يقوم غيرها مقامها وإن كان أفضل منها من جهة أخرى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن اشتراه على أنه فحل فوجده خصيا ثبت له الرد ، لأن الخصى انقص من الفحل في الخلقة والبطش والقوة ، وإن شرط أنه خصى فوجده فحلا ثبت له الرد ، لأن الفحل دون الخصى في الثمن والدخول إلى الحرم) •

(الشرح) المسألة الأولى لا خلاف فيها لفوات الغرض القوى ، وإن تأدت المالية • قال القاضي حسين : وإن كانت قيمته أضعاف قيمة الفحل ، ولا غرق في ذلك بين العبد وغيره من الحيوان ، والثانية ذكر الراجعي عن أبي الحسن العبادي أنه لا رد فيها • لأن الفحولة فضيلة ، والصحيح ما ذكره المصنف بفوات المال والغرض جميعا ، وجريان الخلاف فيها مع فوات المال يدل لما تقدمته من حسن عبارة النووي ، وأنه ليس كل ما تفوت به مالية نقض فيه بثبوت الخيار • بل قد يفوت المال مع جريان الخلاف كما في هذه الصورة وقد لا يفوت المال ويحصل التوافق كما في الصورة الأولى •

وكلام المصنف يشعر بأنه يرى جواز دخول الخصى على الحرم • والذي قاله الراجعي في كتاب النكاح في النظر : أن الخصى الذي بقي ذكره ، والمجبوب الذي بقي أنثياه كالفحل وفي المسحوح (وجهان) الأكثرون أنه كالمحرم • فعلى هذا ما ذكره المصنف من أن الفحل دون الخصى في الدخول على الحرم • وأما فهو أضعف في العمل ، فإن كان المصنف أطلق الخصى على المسحوح استمر كلامه • وكذلك غيره من الأصحاب حيث أطلق هذا الحكم ، والا فمتى شرط أنه خصى بالمعنى المذكور في كتاب النكاح فحلا • ينبغي أن لا يثبت الرد • لأنه لم يفت غرض (والظاهر) أن المصنف والأصحاب هنا إنما أرادوا بالخصى هنا المسحوح ، لأنه في العرف يطلق عليه كثيرا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتراه على أنه مسلم فوجده كافرا ثبت له الرد ، لأن الكافر دون المسلم في الدين) •

(الشرح) هذه أيضا لا خلاف فيها لفوات الغرض المقصود القوى ، وان كانت المالية قد لا تفوت ، بل تكون أكثر ، كما اذا شرط أنه غفل فخرج خصيا • وكذا لو شرط تهود الجارية أو تنصرها فبانت مجوسية • قاله المتولى والرافعى • لو اشتراه على أنه مجوسى فكان يهوديا • قال الرويانى : يثبت الخيار • وقيل : ان كانت لا تنقص قيمته في العادة لا خيار ، وان كانت تنقص بأن كانت الغالب المجوس في تلك الناحية يثبت الخيار ، وهو قول صاحب التتمة ، ولا فرق في هذا الفصل بين العبد والأمة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما ثبت له الرد ، وقال المزنى : لا يثبت له الرد ، لأن المسلم أفضل من الكافر ، وهذا لا يصح ، لأن المسلم أفضل في الدين ، الا ان الكافر أكثر ثمنا لأنه يرغب فيه المسلم والكافر ، والمسلم لا يشتريه الكافر) •

(الشرح) المذهب ثبوت الرد في ذلك ، وبه قال أحمد لا لنقيصة ظهرت ، ولكن لأنه قد يكون غرضه التجارة ومالية الكافر أكثر ، لما ذكره المصنف ، وما نقله عن المزنى نقله عنه القاضي أبو الطيب وغيره ، وبه قال أبو حنيفة ، ومن أصحابنا من وافق المزنى في ذلك • ورأى مذهبه قولاً مخرجاً معدوداً من المذهب وحكى ذلك الامام في كتاب النكاح ، وهناك تكلم المزنى عليها في المختصر • وان تزوجها على أنها كتابية فاذا هي مسلمة لم يكن له شسخ النكاح ، لأنها خير من الكتابية • قال المزنى : هذا يدل على أن الأمة اذا اشتراها على أنها نصرانية فاذا هي مسلمة لا خيار ، واذا اشتراها على أنها مسلمة فاذا هي نصرانية له أن يردها في قياس قول الشافعى •

وفي المسلمة وجه ثالث أنه أن يان قريبا من بلاد الكفر ، أو في ناحية أغلب أهلها الذميون ، ثبت الخيار ، والا خلا ، وهو اختيار القاضي حسين . وحمل كلام الشافعي على ذلك ، وقد جمع الامام الأوجه الثلاثة في كتاب النكاح ، وذكر الامام في الانتصار لقول الرعي أن القيمة ان كانت تريد من وجه رغبة الكفار هتلك رغبة باطلة مستند بها الكفر وتحسينه واعتقاد كونه حقا ، فيكاد أن تكون تلك الزيادة بمثابة ثمن الخمر .

قال الامام : وبقيّة الكلام أن هذا العبد لو أتلّف فمذهب جماهير الأصحاب أنه يجب على المثلّف أن يغرم قيمته اعتبارا بما بطلت به ، وان كانت بأكثر مما يشتري به المسلم ، ومذهب المزني ومن يوافقه الى ان الزائد لا يضمن لما أثبنا اليه ، وهو بمثابة ازدياد قيمة الجارية بأن تعتبر عواده ، فلا يكاد يخفى أن القيمة تزداد في المغنية في العادة ضعف ما تكون الجارية الناسكة ، ومن اشتراها لم يعترض عليه ، فان الشراء يرد على عينها ولكن لو أتلّفت لم يضمن مثلها الا قيمة مثلها لو كانت لا تحسن الغناء ، هذا كلام الامام في كتاب المنهاج ، مع أنه في كتاب البيع استبعد القول بعدم ثبوت الخيار مطلقا كما هو مذهب المزني ، واختار الوجه الثالث ، وما ذكره في الانتصار لقول المزني جوابه أن زيادة قيمة الكافر ليست للرغبة في كفره ، بل لكثرة طلبه ، فان المسلم لا يتمكن الكافر من شرائه ثم قال الامام هنا : ان هذا اذا كان الكافر أكثر قيمة ، فان لم يكن الامر كذلك فخلّف الشرط فيه بمثابة خلّف الشرط في الثيابة والبنكارة والجودة والتوسط ، وهذا كأنه قال على ما اختاره ، ويحتمل أن يكون تقييدا للمسألة وجريان الخلاف فيها .

(فرع) هذه المسألة أيضا مما يشهد لرجحان عبارة النووي على عبارة الرافعي وغيره. لجريان الخلاف فيها مع قنات الغرض المعلق بزيادة ماليتها ، ووجه جريان الخلاف فيها ضعف الغرض عند المزني ، وانغماره بالنسبة الى ما في الاسلام من الفضل ، والكلام والخلاف في هذه المسألة يقرب من الخلاف فيما اذا شرط أنه خصى له وجوده فعلا ، والمخالف هنا أبو الحسن العبادي ، فيحتمل أن يكون العبادي يوافق المزني هنا ، والمزني يوافقه هناك ، ويحتمل ألا يكون كذلك ، ويفرق

كل منهما (أما) العبادى فان الخصاء عيب عند الاطلاق ففواته كمال •
والكفر عند الاطلاق لا يرد به (وأما) المزنى فلأن فضيلة الاسلام
عظيمة لا يوازنها شيء فيجبر ما فات من الغرض المالى اليسير بخلاف
الفحولة فان الغرض فيها وفى الخصاء متقاربان فيتبع ما شرطه •

(فرع) الفرق بين البيع والنكاح حيث لم يثبت الخيار فى
النكاح على الأصح أن النكاح بعيد عن قبول الخيار ولهذا لم يثبت فيه
خيار المجلس ولا خيار الشرط ، وهذا الفرق انما يحتاج اليه اذا قلنا
بصحّة النكاح وهو الأظهر ولنا قول آخر أنه غير صحيح لاعتماد
الصفات فتنتفى المسألة •

(فرع) صورة مسألة الكتاب فيما اذا كان المشتري مسلماً
والبائع مسلماً فلو كان المشتري كافراً اكتفت على شراء الكافر للمسلم
(والأصح) فساداه • ولو كان البائع كافراً ففى رد العبد المسلم عليه
بالعيب خلاف (الأصح) جوازه فيأتى فيه أيضاً •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى جارية على أنها بكرًا فوجدها ثيبًا ثبت له الرد ، لأن
الثيب دون البكر) •

(الشرح) هذا لا خلاف فيه لفوات الغرض ونقصان المصلحة ،
وهى من القسم الأول لشرط الكتابة وحسن الصنعة ، والمشهور أنه
لا فرق بين أن تكون الجارية المشتراة بهذا الشرط مزوجة أو غير مزوجة •
وعن أبى الحسين أن أبا اسحاق قال : لا خيار اذا كانت مزوجة ،
لأنها وان كانت بكرًا فالافتضاض مستحق للزوج ولا غرض للمشتري
فى بكارتها (والصحيح) الأول ، لأن الزوج قد يطلقها أو يموت فيحصل
له ذلك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتراها على أنها ثيب فوجدها بكرا لم يثبت له الرد لأن البكر أفضل من الثيب ، ومن أصحابنا من قال : يثبت له الرد ، لأنه قد يكون ضعيفا لا يطيق وطء البكر فكانت الثيب أحب إليه ، والمذهب الأول ، لأنه لا اعتبار بما عنده وإنما الاعتبار بما يزيد في الثمن والبكر أفضل من الثيب في الثمن) •

(الشرح) القول بأنه لا يثبت الرد وهو الأصح عند القاضي أبي الطيب والرافعي وغيرهم ، والوجه الآخر مستنده ما ذكره المصنف ، وهذه المسألة القاتلة فيها الغرض دون المالية ، فهي تشارك في ذلك شرط الفحولة والاسلام لكن في تينك المسألتين لا خلاف أن الخلف مثبت للخيار لقوة الغرض ، وههنا الغرض ضعيف ، فانه خاص به وليس بعام ، وكان شرطه السبوط في الشعر أو البياض ، فيخرج جمدا أو أسود في كل منهما خلاف كمسألتنا هذه • الصحيح أنه لا رد في المسائل الثلاث كما لو شرط كون العبد أميا فبان كاتباً ، أو كونه غاسقا فبان عقيفا •

ولو شرط الجعود والسواد فبان سبطا أو أبيض • فثبت الخيار وجها واحدا ولو شرط البكارة فأتت ثيبا ، وان استنكرت اشتراط الجعود وغيرها في الشعر من جهة أن الشعر يجب رؤيته (فالجواب) عنه قد تقدم في أول الباب عند قول المصنف : اذا اشترى جارية وقد جمعد شعرها ثم بان أنها سبطة ، ولو أنه اشترى على أنه عدل فبان غاسقا ثبت الخيار وعكسه لا خيار بلا خلاف ، قاله الرويانى •

(فرع) لو شرط كونه مختونا فبان أقلف فله الرد ، وبالعكس لا رد • قال في التتمة : الا أن يكون العبد مجوسيا ، وهناك مجوس يشترى الأقل بزيادة • فله الرد ، وقد تقدم هذا وسؤال عليه قريبا ، ولو شرط كونه أحمق أو ناقص الخلقة فهو لغو ، وهو من القسم الأخير الذي لا مالية فيه • ولا غرض مقصود •

(فرع) اذا ظهر الخلف في الصفة المسترطة ، وقد تقدم فسخ العقد بهلاك أو حدوث عيب ، فله أخذ الأرض على التفصيل الذي تقدم ، قاله صاحب التتمة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باعه حيوانا على أنه بغل فوجده حمارا ، أو على أنه حمار فوجده بغلا فقيه وجهان (أحدهما) أن البيع صحيح ، لأن العقد وقع على العين ، والعين موجودة ، فصح البيع وثبت له الرد ، لأنه لم يجده على ما شرط (والثاني) أن البيع باطل ، لأن العقد وقع على جنس فلا ينقذ في جنس آخر) •

(الشرح) الشروط المتقدمة كانت في الصفات ، ولا شك أن تبدل الصفة والخلف أسهل من ذلك في الجنس ، فذكر المصنف هنا اشتراط الجنس ، ومثل بالمثالين المذكورين ليعلم أنه لا فرق بين أن يجده أعلى من الجنس الذي شرطه أو دونه ، وفيها جميعا وجهان ، وقد حكيتها وأطلقت الكلام فيها في باب الربا في الصرف العين (والمذهب) الصحيح المنصوص البطلان — والوجه الآخر محكى عن صاحب الإفصاح •

ولو باعه على أنه ذكر فبان أنه جارية • قال العمراني في الزوائد : صح البيع وله الخيار في أحد الوجهين • وقال أبو حنيفة : لا ينقذ ، وقد سبق في باب الربا عن الماوردي البطلان ، وذكر الراغبي في كتاب النكاح فيما إذا قال : بعثك فرسى هذا ، وهو بغل ، أن الظاهر الصحة ، وهو يخالف ما قدمناه في باب الربا وكذلك قال عن الروياني في البحر أنه لو قال : زوجتك هذا الغلام وأشار الى ابنته صح النكاح • ولو باعه عبدا على أنه تركى فاذا هو من جنس آخر فهو من اختلاف الوصف ، فالبيع صحيح ، قاله الامام في باب بيع الغرر •

إذا عرف ذلك (فان قلنا) في اختلاف الجنس بالبطلان فلا كلام • وان قلنا : العقد صحيح ، وثبت الخيار فقد أطلقوا ذلك سواء أكان ذلك أجود أم أردأ ، كما تبه المصنف بالمثالين عليه • ولو قيل : انه

إذا خرج أجود يكون كما لو شرط أنها ثيب فخرجت بكرا لم يبعد ،
لأن القول هذا على الأجناس والصفات •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى ثوبا أو أرضا على أنه عشرة أذرع فوجده تسعة فهو بالخيار بين أن يأخذه بجميع الثمن وبين أن يرده ، لأنه دخل في العقد على أن تسلم له العشرة ، ولم تسلم له فثبت له الخيار ، كما لو وجد بالمبيع عيبا • وان وجده أحد عشر ذراعا ففيه وجهان (أحدهما) أن البائع بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يسلمه بالثمن ويجبر المشتري على قبوله ، كما أجبرنا البائع إذا كان دون العشرة • (والثاني) أن البيع باطل لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم ما زاد على عشرة ، ولا إجبار المشتري على الرضا بما دون الثوب والمساحة من الأرض ، لأنه لم يرض بالشركة والتبويض ، فوجب أن يبطل العقد ، فان اشترى صبرة على أنها مائة قفيز فوجدها دون المائة ، فهو بالخيار بين أن يفسخ لأنه لم يسلم له ما شرط ، وبين أن يأخذ الموجود بحصته من الثمن ، لأنه يمكن قسمة الثمن على الأجزاء لتساويها في القيمة ، ويخالف الثوب والأرض لأن أجزاءها مختلفة فلا يمكن قسمة الثمن على أجزائها لأننا لا نعلم كم قيمة الذراع الناقصة لو كانت موجودة لنسقطها من الثمن ، وان وجد الصبرة أكثر من مائة قفيز أخذ المائة بالثمن وترك الزيادة ، لأنه يمكن أخذ ما عقد عليه من غير أضرار) •

(الشرح) الذراع فيه لغتان التذكير والتأنيث كما ذكره جماعة من أهل اللغة وقال سيبويه : الذراع مؤنثة فعلى لغة التذكير جاء قول المصنف عشرة أذرع ، فوجده تسعة ، وعلى لغة التأنيث عشر أذرع فوجده تسعا •

(أما الأحكام) فاعلم أنه تقدم الكلام في خلف الشرط في الصفة والجنس ، والكلام الآن في المقدار • وذكر المصنف فيه قسمين (أحدهما) ما يكون قسمة الثمن على المبيع فيه بالقيمة (والثاني)

ما يكون بالأجزاء وقسم كلا من القسدين الى ما يحصل الخلف فيه بالنقصان ، والى ما يحصل بالزيادة خفى أربع مسائل ، وطريقة العراقيين في ذلك تحتاج الى تأويل وفكر . وأنا ان شاء الله تعالى أذكر طريقتهم وطريق غيرهم في ذلك ثم أبين وجه الاشكال ثم أردفه بما ييسره الله تعالى .

(الطريقة الأولى) التي ذكرها المصنف وجمهور العراقيين ، منهم القاضي أبو الطيب القطع بالصحة في حالة النقصان في المتقوم والمثلى مع ثبوت الخيار للمشتري ، والقطع بالصحة في حالة الزيادة في المثلى في القدر المشروط خاصة بلا خيار ، والتردد في الزيادة في حالة المتقوم ، هل يصح ويكون للبائع الخيار ، وهو الأصح أو يبطل ؟ وهذه الطريقة هي التي أوردها القاضي حسين في آخر باب الشرط الذي يفسد البيع ، وفرضها في الثوب خاصة ، وصحها الشاشي ، وعلى هذه الطريقة الصحة في القدر المشروط من المثلى بحصته من الثمن قولاً واحداً . وأما المتقوم فجمهورهم على أنه اذا أجاز يجيز بجميع الثمن . واختلف كلام القاضي أبي الطيب ، ففي التعليق وافق ذلك : وفي المجرّد قال : يجب بالقسط . قال ابن الصباغ : والأول أصح .

(الطريقة الثانية) ذكرها الشيخ أبو حامد ولم يصرح بها الا في الثوب خاصة قال : لو قال : بعثك هذا الثوب وهو عشر أذرع فخرج تسعا ثبت الخيار للمشتري في أن يمسك بكل الثمن أو يرد . ولو خرج احدى عشر فالمنصوص أن الخيار يثبت للبائع . ومن أصحابنا من خرج ههنا قولاً آخر أن البيع يبطل ، وهذا اذا قال له بعثك هذا الثوب وهو عشر أذرع ، وأما اذا قال بعثك على أنه عشر أذرع فخرج تسعا أو احدى عشرة ، ففي صحة البيع قولان ، كما لو تروّجها على أنها بكر فخرجت ثيباً . هكذا رأيت في تعليقه التي عندي بخط مسلم الدارمي تلميذه ، مع أن الذي في التجريد للمحاملي يوافق ما ذكره المصنف والجمهور ، والتجريد مأخوذ من تعليقه البندنجي عنه .

(الطريقة الثالثة) طريقة صاحب التقريب والخراسانيين والقاضي حسين على ما ذكرته في باب الربا ، والشيخ أبو محمد والامام والغزالي

والرافعى اطلاق الخلاف فى حالتى النقصان والزيادة فى المتقوم والمثلئ ، وفرضها الامام فى الأرض والقاضى حسين فى الصبرة والغزالي فى الصبرة أيضا ، والرافعى فى الأرض ، ثم قال : ويقال بهذه المسألة ما اذا باع الثوب عن أنه عشر أذرع أو القطيع على أنه عشرون شاة ، أو الصبرة على أنها ثلاثون صاعا وحصل نقص أو زيادة • ومنهم من يحكى الخلاف فى ذلك وجهين ، وأكثرهم يحكيه قولين •

(وأظهرهما) عندهم الصحة تغليبا للإشارة وتنزيلا لخلف الشرط فى المقدار منزلة خلفه فى الصفات ، وبهذا قال أبو حنيفة (والثانى) أن البيع باطل لأن قضية قوله بعثك هذه الأرض أن لا يكون غيرها مبيعا وقضية الشرط أن تدخل الزيادة فى البيع ، فوقع التضاد وتعذر التصحيح ، فعلى طريقة هؤلاء (ان قلنا) بالبطلان فذاك (وان قلنا) بالصحة ففى حالة النقصان أن يكون الخيار للمشتري ، واذا أجاز فهل يجيز بجميع الثمن أو بالقسط ؟ فيه قولان (أظهرهما) هنا الأول بخلاف نظائره من تفريق الصفقة • وفى حالة الزيادة اختلف هؤلاء فى الصبرة ، هل تكون الزيادة للبائع أو للمشتري ؟ على وجهين حكاهما صاحب التتمة وغيره واقتضاء كلام صاحب التتمة التسوية بين الأرض وبينها ، لكن فى كون الزيادة للبائع فى مسألة الأرض والثوب اشكال لابهام المبيع ، وسيأتى فى كلام الماوردى ما يدفع هذا الاشكال وينبغى أن يحمل على الاشاعة لكنه مشكل من جهة أخرى ، فاذا قلنا : الزيادة للبائع فى مسألة الصبرة أو فى الجميع ان أمكن القول به ، فهل للمشتري خيار ؟ وجهان •

(أحدهما) نعم لأنه لم يسلم له المشار اليه (والثانى) لا ، لأنه شرط عشرة وقد سلمت له ، وهذا موافق لما قاله المصنف فى الصبرة •

(وان قلنا) الزيادة للمشتري فلا خيار له ، ولم يذكر الرافعى غير هذا • وهل يثبت الخيار للبائع ؟ فيه وجهان (أحدهما) نعم • وهذا هو القول الأول الذى ذكره المصنف فى الثوب والأرض فى حالة الزيادة ، وهو الذى صححه فيها ابن أبى عصرون وغيره ، فاذا أجاز

كانت كلها للمشتري • ويطالبه للزيادة بشيء (والثاني) واختاره صاحب التهذيب أنه لا خيار للبائع ، ويصح البيع في الجميع بجميع الثمن ، وينزل شرطه منزلة شرط كون المبيع جيفا فيخرج سليما لا خيار له فإذا قلنا بالصحيح فقال المشتري : لا نفسخ فأنا أقنع بالقدر المشروط شائعا ولك الزيادة • فقد حكى صاحب التقريب في ذلك قولين ، وحكماهما غيره وجهين (أظهرهما) أنه لا يسقط • ورجح ابن سريج السقوط في جوابات الجلمع الصغير لمحمد^(١) ولو قال : لا تفسخ حتى أزيدك في الثمن لما زاد لم يكن له ذلك • ولم يسقط به خيار البائع بلا خلاف • هذا تهذيب الطرق المنقولة • وأما بيان الاشكال والترجيح بين الطرق فيتوقف على مقدمات •

(أحدهما) أن هذه المسألة يتجاوز بها أربعة أصول مستفادة من كلام الامام رحمه الله في باب النهي عن بيع الغرر (أحدهما) خلف شرط جنس المبيع • والصحيح البطلان (والثاني) خلف شرط الوصف فيه والتفريع على الصحة • ولا تفريع على القول القريب الذي حكاه الحناطي (والثالث) خلف شرط الصفة في النكاح ، وفيه قولان (أظهرهما) الصحة (والرابع) تفريق الصفة من جهة الحاق القدر بالجزء على ما سألناه •

(الثانية) أن الغرض المتعلق بجنس المبيع قوى جدا ، فإن الجنس هو الأصل والمقادير والأوصاف تطرأ عليه وتزول ، فإذا أخلف فالصحيح البطلان لفوات مورد العقد ، وليس ذلك نظرا الى العبارة فقط ، بل لمجموع الاشارة والعبارة ودلالتهما على ما ليس بموجود ، والتعليل الآخر ينظر الى الاشارة وحدها ، ويلغى العبارة وهو بعيد وأما الوصف في المبيع فليس في هذه الرتبة وان كان مقصودا ، ولكنه قد يطرح ويعتقر ومورد العقد هو الجنس المعين فذلك عند فوات الوصف لم يبطل المبيع • وأما المقدار فالغرض يتعلق به أكثر من الوصف وأقل من الجنس فهو متردد بينهما وله شبه بالجزء ، لأن المقدار يصح أن يكون موردا للعقد بخلاف الوصف في النكاح من

(١) يعني محمد بن أحمد الدارمي . (المطيعي) .

جهة أن الغرض الأعظم في المنكحة الأوصاف (الثالثة) قد عرفت بهذه المقدمة الثانية انحطاط الغرض في المقدار عن الجنس . وذلك يوجب أن هذه المسألة أولى بالصحة من تلك ، ثم ان ألحقنا المقدار بالوصف في المبيع اقتضى الصحة في جميع الصور ، وأنه عند ظهور الزيادة لا يكون للبائع خيار . كما قاله صاحب التهذيب .

وان ألحقناه بالوصف في النكاح وجب أن يجرى الخلاف في حالة النقصان في المتقوم والمثلى ، وأن يصح حالة الزيادة فيهما من غير خيار ، والعراقيون قطعوا بالصحة حالة النقصان ، وقطعوا في زيادة المثلى بالصحة ، وأن الزيادة للبائع ، وترددوا في زيادة المتقوم ، وهذا السؤال كما أنه وارد على العراقيين هو وارد على الخراسانيين في قول بعضهم : ان الزيادة للبائع ، وقول بعضهم : انها للمشتري وللبائع الخيار كما قاله الرافعي فان الوصف ليس هكذا ، بل اذا خرج زائداً كان للمشتري قطعاً بغير خيار ، فما مثى على جملة كالوصف من كل وجه الا صاحب التهذيب على أنه يلزمه أن يقول عند النقصان : انه اذا أجاز في المثلى يجيز بكل الثمن ، وما أظنه يقول به .

وان ألحقنا المقدار بالجزء ففي حال النقصان قد اقتضى الشرط ادخال شيء مع الموجود في البيع ، فكأنه باع موجوداً ومعدوماً فباعتبر على تفريق الصفقة ، وينبغي على هذا البطلان على الأصح في تفريق الصفقة أنه اذا جمع بين معلوم ومجهول يبطل ، فان المعدوم لا يعرف قيمته ، وفي حال الزيادة والاشارة شاملة للجميع ، والعبارة في الشروط مخرجة للزائد فيبطل فيه ، وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة وينبغي على هذا أنه في المثلى يصح على الأصح ، وفي المتقوم يبطل الابهام فانه غير مميز ولا يمكن تقويمه ، وهذا أيضاً وارد على العراقيين — أما العراقيون فظاهروا لفظهم بالصحة في الصور الثلاث . وتصحيحهم الصحة في الصورة الثانية — وأما الخراسانيون فلأنهم يصححون الصحة في الجميع ، مع اجراء الخلاف .

وقال الامام بعد ذكره الأصول المذكورة : ان خلف المقدار في المبيع أولى بالخلاف من خلف الصفات في النكاح (قال) والبيع أقبل للفساد

بالشرط ، ثم قال الامام : فالذى يقتضيه الترتيب بعد تمهيد ما ذكرناه ترتيب مسألتنا في الصحة والفساد على التفريق في الصفة ، وهذه المسألة أولى بالصحة ، وان رتبناها على خلف الصفات في النكاح فمسألتنا أولى بالفساد ، قال : والذي به الفتوى صحة البيع ، هذا كلام الامام ، وأما كلام الغزالي فانه اختار في حال الزيادة التخريج على تفريق الصفة ، وفي حالة النقصان التخريج على الاشارة والعبارة ومقتضى ذلك أنه عند الزيادة لا يصح في التقدر الزائد قطعاً ، ويصح في الباقي على الأصح وهذا سيأتى له في الصبرة ، وهي التي تكلم فيها •

أما المتقوم فلا يأتى على هذا التخريج الآن فساد كما تقدم — وأما تخريجه في حالة النقصان على الاشارة والعبارة ، فالاشارة والعبارة مختلفة ، ففي الجنس اذا قال : بعثك هذه الشاة • وكانت بقرة الأصح البطلان ، والفتيا هنا على خلافه وفي النكاح اذا قال : زوجتك هذه عائشة فكانت فاطمة ، الأصح الصحة ، لكن مقتضاه أن يصح في جميع الصبرة ولم يقولوا به على الأصح ، وقد استشكل الامام قول العراقيين وقال : ذكر العراقيون هذه المسألة ، وحكموا بأن المساحة اذا نقصت عن المقدار المذكور صح البيع قولاً واحداً ، وان زادت ففي صحة البيع قولان ، ولا يكاد يظهر فرق بين النقصان والزيادة ، وطرده صاحب التقريب ، وسيجيء القولان في الصورتين •

(قلت) وهذا على ما هو المشهور عن العراقيين ، وقد تقدمت طريقة عن الشيخ أبى حامد بأحد القولين في الصورتين في الصيغة المصرحة بالشرط ، فهذا تلخيص الاشكال في هذه المسألة ، وتلخيصه في ثلاثة اشكالات •

(أحدها) على المشهور عن العراقيين في فرقهم بين النقصان والزيادة ، وهو سؤال الامام ، وفي فرقهم في الزيادة بين المتقوم والمثل •

(الثانى) على الشيخ أبى حامد في فرقته بين أن يقول : انها عشرة أذرع ، فيجرى القولان ، وبين أن يقول : وهى عشرة أذرع ، فيفرق

بين النقصان والزيادة ، وان كانت هذه الصيغة شرطا فينبغي الخلاف فيها ، أو لا فلا ينبغي الخلاف فيها .

(الثالث) عليهم وعلى الامام والخراسانيين أو زيادة الصبرة ، تكون عند بعضهم للبائع ، وقول الراعى وبعضهم انها للمشتري ، وللبيع الخيار ، وعلى الامام أعظم حيث اختار التخيير على تفريق الصفقة ، ومع ذلك اختار الفتوى بالصحة مطلقا ، وقد عرفت أن التخيير في بعض الصور يقتضى خلاف ذلك ، وصاحب التهذيب سالم من هذه الاشكالات ، لكن قوله مخالف للأكثرين .

إذا عرفت هذا فنقول : ان الشافعى رحمه الله نص في البويطى على ما نقله القاضى أبو الطيب وغيره من الأصحاب : على أنه اذا اشترى صبرة على أنها مائة كد غلم يصب الا خمسين ، فهو مخير ان شاء أخذها بحصتها ، وان شاء فسخ البيع فهذا النص يرد القول بالبطلان ، ويقتضى الصحة اما قطعاً — كما قال العراقيون — واما أنه الراجح ، ويقتضى أيضا رد القول بأنه يخير بكل الثمن في المثلى ، كما يقتضيه اطلاق الراعى ومن تقدمه من الخراسانيين ، فمن جهة اقتضائه الصحة يرد القولين بتخريجه على تفريق الصفقة ، والقول بالنظر الى العبارة وحدها وقطعها عن خلف الشرط في الجنس ، ومن جهة قوله : انه يجيز بالحصّة يقتضى عدم إلحاقها باشتراط الوصف من كل وجه ، اذ لو كان كذلك لأجاز بالكل كما اذا اشترى شيئا على شرط السلامة أو زيادة وصف فخرج بخلاف ذلك .

فانه اذا أجاز لا يسقط من الثمن شيء ، وكان ذلك لما قدمته من ارتفاع الغرض في القدر عن الوصف ، وانحطاطه عن الجنس ، فجعل له حكم حصته وألحق في الصحة بالوصف من جهة أن الصبرة المشاهدة المعينة باقية بحالها ، فلم تكن كاخلاف الجنس وأثبتنا الخيار للمشتري لفوات غرض مقصود ، وألحق في الاجازة بالقسط بالجزء لشدة الغرض فيه ، ولم يجعل كتفريق الصفقة من جهة أنه لم يجعل موردا للعقد ، وانما أتى به على صورة الشرط والمبيع الصبرة المشاهدة لا الصبرة وشيء آخر ، فلذلك كان الحكم المذكور من الصحة والاجازة بالقسط مقطوعا به عند الكثير من العراقيين على وفق النص .

وقال أبو الطيب : انه لا يختلف أصحابنا فيه واذا ثبت الخلاف عند غيرهم فالأصح كذلك الصحة ، كما صرحوا به ، واجازة بالقسط خلافا لما يفهمه اطلاق الراقعى — هذا فى حالة النقص اذا كان المبيع مثليا ، فان كان متقوما فالحكم بالصحة باق لهذا المعنى ، والحكم بالاجازة بالقسط متعذر ، لأنه لا يمكن قسمة الثمن على أجزائها كما قاله المصنف ، فخيرنا المشتري بين الاجازة بالجميع والفسخ وأما فى حالة الزيادة فيجب المحافظة على هذين المعنيين ، وهما اللاحق بالموصف من وجه ، وبالجزء من وجه فمن جهة الحاق المقدار بالجزء يقتضى أن ذلك المقدار الزائد لا يسلم للمشتري كأوصاف السلامة اذا شرط عدما ، وكانت موجودة ، بل يكون هذا الزائد يبقى للبائع لأنه مستقل ، يمكن ايراد العقد عليه فان أمكن ذلك كما فى المثلى أبقيت الزائد للبائع ، وقلنا الحاقه بالجزء لتعلق غرض البائع به كما يتعلق غرض المشتري به فى حالة النقصان ، ويكون المقدار المشروط من المثلى للمشتري لتطابق الاشارة والعبارة عليه ، ولا يسقط من الثمن شيء لأنه لم يقف عليه شيء مقصود وخروج بعض الصبرة المشاهدة مع حصول جنس المبيع وقدره الذى تعلق العرض به لا يزيد ، ولا يثبت خيارا ، لأنه لم يفت غرض مقصود عن المشتري ، ولا محذور فى ذلك ، فان المشتري يكون شريكا للبائع فى الصبرة ويتقاسمانها بغير حذر .

وأما فى المتقوم فالقول بالتصحیح يؤدي الى أن يكون مورد العقد منهما وهو فاسد ، ومشاعا ويؤدي الى ضرر القسمة ، فترددنا بعد ذلك ، فمن قائل يقول : انا فى هذه الصورة نجعل البيع باطلا لهذا المعنى ، وهذا هو القول المخرج ، وهو ظاهر بهذا التقرير ، ولا يلزم طرده فى بقية الصور ، ومن قائل يقول : ان هذا المحذور يندفع اذا رضى البائع بتسليم الجميع بالثمن فيصح ويثبت الخيار للبائع ، لكن ههنا يجب على القول بالصحة وعلى القول بالبطلان ، أما على القول بالصحة وهو المنسوب الى النص فهل انه صح فى الجميع بالثمن وللبائع الخيار ؟ أو صح فى المقدار المشروط ؟ واذا تبرع البائع بتسليم الجميع لزم ان قلنا بالأول فلم لا قيل بذلك فى الصبرة اذا خرجت زائدة ؟ .

وظاهر كلامهم وقولهم أن يأخذ المقدار ويترك الزيادة أن العقد

لم يشمل الزيادة ويحتل أن يكون العقد شملها ، ويكون مرادهم أنه لا يبرم البائع بتسليمها لكن العبارة لا تؤدي هذا المعنى . وان قلنا بالتالي كان ذلك سالما في الصبرة ، ولكن في الثوب والأرض مشكل ، لأن العقد يكون قد ورد على مبهم مجهول ، فيكون باطلا من أصله ولا يجبر ذلك برضاء البائع بتسليم الجميع ، فطريق الخلاص عن هذا الاشكال بما سيأتى عن الماوردى أنه على قول الصحة يصح في جزء سائح ، لكن ذلك غيما اذا ذكر الثمن مفصلا لا مجملا ، أما اذا ذكره مجملا فسيأتى ، وأما على القول بالبطلان عند زياده المتقوم فهل معنى ذلك أن العقد باطل من أصله ؟ أو أنه يفسخ عند التشاحح لتعذر امضائه ؟

ان قلنا بالأول وهو الأسبق الى الفهم من كلام الأصحاب فغلة المصنف لا تقتضى ذلك ، لأنه علل بأنه لا يمكن اجبار البائع ، ولا اجبار المسترى ، ومقتضى ذلك أنهما اذا تراضيا صح وأقر العقد ، كما قال هو وأكثر الأصحاب في بيع الصبرة بالصبره كيلا بكيل اذا خرجتا متفاضلتين ، وليس من جنس واحد ، فيحتل أن ينزل القول بالبطلان على هذا المعنى ، وحينئذ لا يلزم طرده في شيء من الصور الثلاث وينزل قول الصحة على أنه يصح في الجميع ثم يسترجع البائع في المثلى ، ان شاء الزيادة بغير تقسيط ، وفي المتقوم لا يمكنه استرجاع الزيادة وحدها فيفسخ ، هذا ما ظهر لى في ذلك ، وأظنه صوابا وان كان الأسبق الى الفهم من كلام الأصحاب خلافه .

(فائدة) قد نبهت بما تقدم على السبب الذى اقتضى الاجازة ههنا في المتقوم بجميع الثمن بخلاف أخواته من صور تفريق الصفقة ، وعلى أنه في المثلى يجيز بالقسط من غير خيار ، بخلاف ما يقتضيه كلام الراعى من أنه يجيز بالكل ، ونص الشافعى في المثلى بخلافه .

(فائدة أخرى) صورة هذه المسائل ليست على اطلاقها ، بل هي على ثلاثة أحوال ، (أحدها) أن يذكر الثمن جملة من غير تفصيل ، كقوله : بعتك هذه الأرض بعشرة دراهم على أنها عشر أذرع ، فالحكم على ما تقدم .

(الثانية) أن يذكره مفصلا ولا يذكره مجملا كقوله : بعثك هذه الأرض على أنها عشر أذرع كل ذراع بدرهم ، فقد ذكرها صاحب التتمة على ما تقدم ومثل بالأرض والثوب والقطيع • وقال الماوردي في الأرض والثوب : ان خرجت تسعة ثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والاجازة بحسابه من الثمن • وهو في ذلك موافق لما تقدم عن القاضي أبي الطيب في المجرّد ، والصحيح خلافه ، وأنه يجيز بكل الثمن • قال الماوردي : وان خرجت أحد عشر فقولان (أحدهما) يبطل العقد (والثاني) يصح في عشرة ، ويكون البائع شريكا بالباقي على الاساعة ، ويثبت للمشتري الخيار ، والماوردي في هذا أيضا موافق لأحد الوجهين أن الزيادة تكون للبائع ، وفيه ما تبين أن القائل بذلك يقول بالشركة في الثوب والأرض ، فيندفع عنه اشكال الإبهام ، وكأنه يجعل ذلك كما لو باع ذراعا من دار وهما يعلمان ذرعانها ، لكن هذا ظاهر فيما اذا ذكر تفصيل الثمن فقط ولم يذكر جملة ، أما اذا ذكر جملة ولم يذكر تفصيله فينبغي على قول الماوردي أنه يجيز بالقسط ، والذي ذكره المصنف والأصحاب يقتضى أنه يجيز بالكل •

(الحالة الثالثة) أن يذكر جملة الثمن وتفصيله مقسطا على الأذرع كقوله بعثك هذه الأرض بعشرة دراهم على أنها عشر أذرع كل ذراع بدرهم ، فقد تقدم نظير ذلك في كلام المصنف في باب الربا فيما اذا باع صبرة حنطة بصبرة شعير كيلا بكيل ، وخرجتا متفاضلتين وتقدم هناك طريقتان (أحدهما) عن المصنف وأكثر الأصحاب أنه اذا رضى صاحب الزيادة بتسليم الزيادة أقر العقد وأجبر الآخر على القبول ، وان رضى صاحب الناقصة بقدر صبرته من الزائدة أقر العقد ، وان تشاحا فسخ ، وقياس ذلك أن نقول هنا : اذا فصل الثمن على المبيع كما مثلناه سواء أكان معينا أم في الذمة أن يأتي التفصيل المذكور هنا ، اما أن ينتشاحا أم لا ، ووجه ترتيب الحكم بين •

(والطريق الثاني) عن صاحب التهذيب حكاية قولين (أحدهما) البطلان وقياسها أن تأتي هنا أيضا ، فعلمنا أن غرض المسائل فيما اذا لم يجمع بين جملة الثمن وتفصيله ، وكلام المصنف ظاهر في أنه انما أراد حالة ذكر الثمن جملة فقط ، ألا ترى الى قوله بجميع الثمن ؟ والثمن الفصل لا يعرف جميعه •

(فائدة أخرى) غرض هذه المسائل في شيء واحد مكتوب أو أرض ونحوهما فلو باعه رزمة ثياب بعد رؤية ما فيها ، كل ثوب بدينار على أن فيها عشرة أثواب فكان فيها تسعة قال الماوردي : البيع جائز للمشتري أن يأخذها بالقسط من الثمن . قال : ولو زادت ثوبا فالبيع في جميعها باطل قولاً واحداً ، بخلاف الأرض والثوب إذا بيعا مزارعة ، لأن الثياب قد تختلف وليس يمكن أن يكون الثوب المزائد مشاعاً في جميعها ومساوياً لباقيها ، وما زاد في الثوب الواحد والأرض فمقارب لباقيها ، ويمكن أن يكون مشاعاً في جميعه .

(قلت) وقوله في النقصان أن يأخذ بالقسط ، موافق لما تقدم عنه في الثوب الواحد ، والأصح هناك خلافه ، وقوله في حالة الزيادة : يلتفت على البحث المتقدم على قول التصحيح في الثوب الواحد أن جعلناه على سبيل الإشاعة كما قال الماوردي فبنسبتها قاله هنا ، وإن جعلنا الصحة في الجميع فلا ، والله أعلم .

(فائدة أخرى) القائل بالبطلان عند الزيادة هو ابن سريج نقله عن القاضي حسين قبل باب بيع حبل الحبل صورها في الصبرة ونسب الصحة إلى النص ثم قال وكذلك حكم الثوب ، وقال أبو حنيفة : في الصبرة يجيز العقد في ذلك القدر بحصته من الثمن ، وفي الثوب يأخذ الجميع بجميع الثمن ، وفرق بأن الذرع صفة في الثوب كالطول والقصر ، وأما مالية الحنطة والشعير فمقاديرها ، ولهذا أوجب الشرع التساوي في المقدار في بيع بعضها ببعض والثمن يتقسط على المقادير دون الصفات ، وأجاب الأصحاب بأن الذرع طريق للتقدير في العادة ، كالكيل والوزن ، فافرق بينهما .

(فائدة أخرى) النص المنقول عن البويطي رأيت مثله في الأم في آخر باب الثنيا عقب الكلام الذي سأحكيه عنه ، في بيع العبد الجاني إذا قتل في يد المشتري قال الشافعي : لأن العيوب في الأبدان مخالفة بعض العدد — ولو كان المشتري كيلاً معيناً كان هكذا ، وإذا كان ناقصاً في الكل أخذ بحصته من الثمن إن شاء صاحبه وإن شاء غسخ فيه البيع انتهى — وهذا فيه زيادة فائدة ، وهو نصه على الفرق بين الوصف

والمقدار كما قلته أولا ، لقوله : ان العيوب في الأبدان مخالفة نقص العدد .

(فائدة أخرى) أكثر الأصحاب انما صوروا ذلك في الأرض والثوب ، وصورها الزبيري في المتقضب في الدار فاستفيد منه أن حكم الدار حكم الأرض وقطع بالبطلان في حالة الزيادة كما هو الوجه الثاني في الكتاب .

(فرع) مر خلف الشرط قال أبو عاصم العبادي : اذا اشترى أرضا عليها خراج بحق ثلاثة دراهم بشرط أن عليها درهما اذا علم المشتري ذلك فالبيع باطل وان لم يعلم فهو بالخيار (قلت) وكذلك قاله ابن القطان في المطارحات ، وفي البطلان اذا علم نظره وينبغي أن يكون هذا الشرط لا أثر له ، ولعل مأخذ ذلك أن مقتضى الشرط أن لا يلزم بأكثر من ذلك ، وحينئذ يتجه البطلان ، والله تعالى أعلم .

(فرع) المشهور في المذهب أنه اذا باع جارية وشرط حملها بطل البيع وقيل : يصح في الآدميات ، لأنه عيب ، ولهذا ألغى ، قال المرعشي في ترتيب الأقسام : يصح من البائع ولا يصح من المشتري .

(قلت) فاذا قلنا بهذا واشترطه فأخلف هل نقول : ليس للمشتري الرد كما لو شرط أنه معيب وخرج سليما أو له الرد ، لأن الحمل يقاربه قسط من الثمن فيه نظره واحتمال ، وهذا الذي قاله المرعشي هنا يوافق التفصيل في شرط ترك الوطء في النكاح ، وذلك أن الشارط هو الذي له غرض في اثبات ذلك الشرط والمشروط عليه ليس له غرض الحمل ، وانما الغرض للبائع في براءته من العهدة بسببه ، وعلى هذا الا سماع الشارط ، وليس المشروط مقصودا له وهذا معنى صحيح ، وان كان الراجح استشكله هناك ، فالمشتري هنا ليس له غرض في يقوى أنه اذا أخلف لا يثبت الرد والله أعلم . أما اذا كان الشارط هو المشتري فيظهر أن له الرد ، لأن الحمل — وان قلنا : أنه عيب — الا أنه زيادة من وجه كما مرحوا به في الصداق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع عبدا جانيا ففيه قولان (أحدهما) أن البيع صحيح ، وهو اختيار الزنى ، لأنه أن كانت الجناية عمدا فهو عبد تعلق برقبته قتل فصيح بيعة كالعبد المرتد ، أو يفتشى هلاكه وترجى سلامته ، فجاز بيعه كالمريض ، وان كان خطأ فلائنه عبد تعلق برقبته حق بغير اختياره ، فلا يمنع من بيعه (والقول الثانى) أن البيع باطل لأنه عبد تعلق برقبته دين آدمى فلا يصح بيعه كالمرهون) •

(الشرح) ذكر المصنف بيع العبد الجانى فى التنبيه فى باب ما يجوز بيعه وذكره فى المذهب فى هذا الموضع ، وكذلك الزنى والأصحاب ومقصودهم بذلك التفريع الذى عليه ، فانه مقصود فى هذا الباب ، والقولان منصوصان • قال الشافعى فى مختصر الزنى : ولو باع عبده وقد جنى ففيها قولان (أحدهما) أن البيع جائز كما يكون العتق جائزا ، وعلى السيد الأقل من قيمته وأرث جنائته (والثانى) البيع مفسوخ من قبل أن الجناية فى عنقه كالرهن غيرد البيع وبيع ، فيعطى رب الجناية جنائته ، وبهذا أقول ، الا أن ينطوع السيد بدفع الجناية أو قيمة العبد ان كانت جنائته أكثر ، كما يكون هذا فى الرهن قال الزنى : كما يكون العتق جائزا تجوز منه للعتق وقد سوى فى الرهن بين ابطال البيع والعتق ، فاذا جاز العتق فى الجناية فالبيع جائز مثله انتهى — والقول بالجواز مذهب أبى حنيفة وأحمد ، واختيار الزنى ، ورجحه الغزالى ، والقول بالبطلان اختيار الشافعى كما نص عليه فى الأم ، هذا كلامه لقوله : وبهذا أقول : وكذلك صححه الجمهور ، واحتجوا للجواز بما ذكره المصنف من الحاقه اما بالمرتد واما بالمريض ، وكلاهما يصح بيعه : هذا ان كانت الجناية عمدا ، وان كان خطأ فتعلق العتق برقبته بغير اذن السيد ، وبهذا فارق المرهون • واحتج الزنى بالعتق وأن الشافعى جوزه أى فى العبد الجانى ، فليجز البيع وبأن الشافعى سوى بينهما فى البطلان فى الرهن فليسو بينهما هنا فى الصحة •

واحتج أبو حنيفة بأن الأرش فى رقبته غير مستقر ، لأن للسيد أن يفتديه وبهذا يفارق الرهن أيضا ، واحتجوا للبطلان بالقياس على

الرهن كما ذكره المصنف بأن الجنائية أكد من الرهن ، لأن العبد المرهون اذا جنى بيع في الجنائية وبطل الرهن ، فاذا كان الرهن يمنع صحة البيع فالجنائية أولى ، وأجاب الأصحاب عن الزام المزني للشافعي بأن البيع فيه قولان (فان قلنا) البيع جائز فالعتق أولى (وان قلنا) البيع لا يجوز ففي العتق الاقوال الثلاثة التي في المرهون ، فليس العتق متفقا عليه حتى يقاس عليه •

(قلت) وهذا الجواب فيه نظر ، فان المزني ما أراد قياس البيع على العتق ابتداء من عند نفسه حتى يرد عليه بالخلاف فيه ، بل لما قاس الشافعي عليه استدل من كلام الشافعي على أنه يجوزه ، فالزمه بتجويز البيوع ، والطريق في الجواب على هذا التقرير أن كلام الشافعي يقتضى أن يكون قائل القول الأول يرى العتق جائزا مشبه به البيوع ، اما بطريق التشبيه ، واما بطريق القياس عند ذلك القائل والشافعي قد قال : ان القول الثانى قوله ، وسكت عن العتق ، فلا يلزمه أنه هو جازم أو مرجح لجواز العتق حتى يلزم به ، ولعل هذا مراد الأصحاب بجوابه •

وأما قول المزني : ان الشافعي سوى بين البيع والعتق في الرهن في الابطال فليسو بينهما هنا يعنى وقد قال بصحة العتق فليقل بصحة البيع لتحصل التسوية وأجاب الأصحاب بجوابين (أحدهما) أن الشافعي لم يسو بينهما في الرهن ، بل خالف بينهما لأن البيع في المرهون يبطل قولاً واحداً ، وفي عتقه ثلاثة أقوال هكذا ، بحيث يختلف هذا الجواب •

(الثانى) أن هذا الاستدلال بالعكس ، ولا يلزم الجواب عنه ، هكذا قال الشيخ أبو حامد ، وفيه نظر ، لأن قياس العكس على هذه الصورة صحيح لأنه لو لم يصح بيع الجاني لما صح عتقه كالرهن ، فلما نقيس الجاني على المرهون في التسوية بينهما ، ثم التسوية بينهما اما في المنع ولم نقل به لتجويزه العتق فليكن في الجواز وأجاب هذا أما نمنع أنه لم يقل به لما تقدم أنه ليس في كلام الشافعي تصريح على القول الثانى بجواز العتق قال الأصحاب : ولا يلزم من جواز العتق

جواز البيع ، لأن الأبق والمغصوب والمجهول والمبيع قبل القبض يجوز
عتقهم ، ولا يجوز بيعهم . قال الماوردي : ان قياس العكس قال به

أكثر الفقهاء ، وان خالفهم أكثر المتكلمين ، وهو اثبات بعض حكم الأصل
في الفرع باعتباره علة .

(قلت) ومن المانعين من الاحتجاج بقياس العكس أبو حامد
الاسفراييني كذلك نقل عنه أبو الوليد الباجي في الأصول ، ولذلك منع
هنا على طريقته ، وفرق القاضي حسين بينه وبين المرتد ، بأن المرتد
مملوك منتفع به ارتكب كبيرة واستحق بها عقوبة الله تعالى . فلم يزل
بها ملك المالك عنه ، ولا تدفع المزاخمة فيما يحدث بالشراء ، وهو الملك
لكونه مملوكا لمالكه ، يعني والمستحق في الجنائية وقعت فيه مزاخمة
وحق المجنى عليه ، وهذا المعنى فارق بينه وبين المريض أيضا ، وفي
كلام بعضهم طريقة قاطعة بالبطلان لقول الشافعي : وبهذا أقول ،
وجعل القول بالجواز مخرجا ومسندا لتخريج الزام المزنئ لما فهم
عن الشافعي القطع بالبطلان ، وحكى صاحب التتمة أن بعض أصحابنا
خرج قولا ثالثا أن العقد موقوف ، فان قدر نفذ ، وان لم يقدر بطل
كالمفلس اذا باع بعض أعيان أمواله وقد تعرض الشيخ أبو حامد
لهذا . وأنه اشتبه على بعض أصحابنا حتى خرج هذا القول وليس
بشيء والاستتباء من قول الشافعي : يرد البيع الى قوله : الا أن يتطوع
السيد ، وتأويل ذلك أنه يرد المبيع وهو العبد . وقوله « يتطوع السيد »
يعنى بدفع الأرض أو القيمة ، فلا يباع العبد ، وليس معناه أنه الا
أن يتطوع فيصح البيع ، هكذا ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي حسين
حكي ما نقله صاحب التتمة قولا مطلقا من غير نسبة الى تخريج قال فاذا
بيع وقلنا موقوف ، فان أدى الأرض صح بيعه ولزم ، والا بيع ان
استغرقه الأرض ، وان لم يستغرقه بيع بقدر الأرض وثبت الخيار
للمشتري في الباقي ، فان أجاز فبحصته من الثمن ، وقد نقل ابن داود
قول المصنف هذا . وبين أنه في جنائية الخطأ يسير الى أنه لا يجري
فيه جنائية العمد ، قال : ومنهم من أنكره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفي موضع القولين ثلاث طرق (أحدهما) أن القولين في العمد والخطأ ، لأن القصاص حق آدمي فهو كالمال ، ولأنه يسقط الى مال بالعفو فكان كالمال ، (والثاني) أن القولين في جنائية لا توجب القصاص . فأما فيما يوجب القصاص فلا تمنع البيع قولاً واحداً ، لأنه كالمرتد ، والثالث أن القولين فيما يوجب القصاص فأما فيما يوجب المال فلا يجوز قولاً واحداً لأنه كالمرهون) .

(الشرح) الطرق الثلاث حكاه الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب، وقال الشيخ أبو حامد : أن الطريق الثاني هو مذهب الشافعي لأنه قال فيها قولان (أحدهما) البيع جائز ، وعلى السيد الأقل من قيمته وأرش الجنائية . وألزم السيد المال ، ولو كان ذلك في الجنائية الموجبة للقصاص لقال : والولى بالخيار ، ثم قال : والقول الثاني أن البيع مفسوخ ويباع ويعطى رب الجنائية جنيته الا أن يتطوع السيد بدفع الجنائية ، وكل ذلك يكون في الجنائية الموجبة للمال .

(قلت) وهذا استدلال جيد على ضعف الطريقة الثالثة ، وأما الطريقة الأولى فلا يبقى في كلام الشافعي دلالة عليها ، لأنه لم يتعرض للعمد . يبقى ولا اثبات ، فاجراء الخلاف فيه انما يكون بالتخريج ان صح القياس أو بنقل آخر ، أما هذا فلا ، ولا جرم كانت هذه الطريقة الثانية هي الصحيحة ، وإن الخلاف مقصور على حالة ايجابها المال فقط ومن صححه الرافعي ، وقال ابن أبي عسرون : أن الطريقة الثالثة أصح الطرق وهو بعيد لما تقدم . والطريقة الأولى في الرافعي ما يقتضى نسبتها لابن خيران . ومن القائلين بها من بنى القولين في العمد على أنه موجب ماذا ؟ أن قلنا : القود المحض صح بيعه كالمرتد وإن قلنا أحد الأمرين فهو كبيع المرهون . وكلام الروياني يدل على اختيارها ، فإنه قال : أن الأصح بطلان البيع عمداً أو خطأً .

ومن القائلين بالبناء المذكور ابن أبي هريرة ، ومن الأصحاب من قال : ولو جعلنا موجب العمد أحد الأمرين فحكمه هنا كما إذا جعلنا

موجبه القصاص لا غير لأنا على هذا القول لا نثبتها بشاهد ويمين ، وشاهد وامرأتين • حكاه القاضى حسين مطلقا ، وعزاه ابن داود لصاحب التقريب • وأنه قال بجواز البيع فى الجانى عمدا على القولين ، وهذا فى الحقيقة اختيار للطريقة الثانية •

وهذا كله حيث لا عفو ، فان عفا عن القصاص على مال ثم عرض البيع كان حكمه كالخطأ يجرى فيه طريقان خاصة ، اما جريان القولين ، واما القطع بالمنع وحكم شبه العمد والعمد الذى لا قصاص فيه فى ذلك حكم الخطأ • وكذلك اذا أتلّف العبد مالا •

واعلم أنه قد تقدم ما يقتضى الفرق بين الجانى والمرتد من كلام القاضى حسين ، والفرق بينه وبين المرهون من جهة أن الراهن حجر على نفسه ، والفرقان يقتضيان وجهين (الطريقة الأولى) الا أن يلغى الفرق بينه وبين المرتد وأما المرهون فالفرق ظاهر • قال الشيخ أبو حامد : كل حق تعلق بعين مال لانسان باختياره يمنع البيع قولاً واحداً كالرهن ، وكل حق تعلق بعين مال لانسان من غير اختياره فهل يمنع البيع أم لا ؟ على قولين كما ذكرنا ههنا • وكما قلنا فى المسال اذا وجبت فيه الزكاة فباع رب المسال قبل اخراج الزكاة بعد وجوب الحق فيه من غير اختياره ، كان على قولين (١) •

يعنى اذا قلنا : انها تتعلق بالمال تعلق رهن أو تعلق جنابة بعينه ، محل هذا الخلاف والطرق اذا كانت الجنابة متعلقة برقبته كما تقدم ، وباعه قبل الفداء وهو مؤسر • فلو كانت موجبة المال فى ذمته لم يمنع بيعه بحال ، وان تعلق برقبته وباعه وهو معسر بطل • ومنهم من طرد الخلاف فيه ، وحكم بأن الخيار للمجنى عليه ان صححنا ، وان باعه وهو مؤسر فان كان بعد الفداء صح ، وان كان قبله وقبل اختياره فهو محل الخلاف ، وان كان قبل الفداء ولكن بعد اختيار الفداء فإطلاق صاحب التهذيب يقتضى الصحة ، وإطلاق الماوردى يقتضى طرد الخلاف ، وهو الأقيس ؛ لأن اختيار الفداء ليس بالتزام ، فله الرجوع عنه ولا يلزمه به شيء ، بل لو صرح بالتزام الفداء لم يلزمه على أصح

(١) بياض بالاصول •

الوجهين في الوسيط في آخر العاقلة قبيل القسم الرابع في دية الجنين ،
بل لو قلنا باللزوم غفاية ذلك أنه ضمان ، فلم ينقطع التعلق بالرقبة به
حتى يصح بيعها ، ولو باع العبد الجاني باذن ولي المجنى عليه فلا اشكال
في الصحة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فاذا قلنا : ان البيع صحيح في قتل العمد فقتل العبد في يد
المشتري ففيه وجهان قال أبو العباس وأبو علي ابن أبي هريرة : ان
علم المشتري بالجناية في حال العقد لم يرجع عليه بالأرض ، وان لم
يعلم رجع بأرض العيب ، لأن تعلق القتل برقبته كالعيب لأنه ترجى
سلامته ويختص هلاكه ، فهو كالمريض ، وإذا اشترى المريض ومات
وكان قد علم بمرضه لم يرجع بالأرض وان لم يعلم رجع . فكذاك
هونا ، فطى هذا اذا لم يعلم بحاله وقتل قوم وهو جان ، وقوم فير
جان فيرجع بما بينهما من الثمن . وقال أبو اسحاق : وحدود (١) القتل
بمنزلة الاستحقاق وهو المنصوص ، فاذا قتل انفسخ البيع ورجع بالثمن
على البائع ، علم بالجناية حال العقد أو لم يعلم ، لأنه أزيلت يده
عن الرقبة بسبب كان في يد البائع فأشبه ما اذا استحق ، ويخالف
المريض ، فانه لم يميت بالمرض الذي كان في يد البائع ، وانما مات
بزيادة مرض حدث في يد المشتري ، فلم يرجع بجميع الثمن) .

(الشرح) بدأ المصنف بالتفريع الذي هو المقصود ، فوضع المسألة
في هذا الباب واقتصر على التفريع على القول بصحة البيع لذلك ، فان
التفريع على البطلان لا تعلق له يختص بهذا الباب ، وقد قال الأصحاب :
انا ان أبطلنا بيع العبد الجاني رده واسترجع الثمن ، وتبقى الحكومة
بين السيد والمجنى عليه ، فان كانت الجناية توجب القصاص واقتصر
الولى فذاك : وان عفا على مال أو كانت توجب مالا فالسيد على
خيرته ان شاء فداه من ماله ، فان سلمه فان بيع بقدر الجناية فذاك ،
وان بيع بأقل فلا يلزم السيد غيره ، وان بيع بأكثر فالفاضل يدفع الى
السيد البائع ، واذا أهدى فالأظهر أنه يفديه بأقل الأمرين من الأرض
وقيمة العبد .

(١) في بعض النسخ : « وجود » بدل « وحدود » .

(والثاني) يتعين الأرش وإن كثر ، إلا أن يسلم العبد لبيع لئلا يهان
قد يرغب فيه راغب بأكثر ، وإن قلنا بصحة البيع ، فإن كانت الجناية
توجب المال فظاهر مذهب الشافعي أن السيد ملزم للفداء ببيعه ،
مع العلم بجنانيته ، فيجبر على تسليم الفداء كما لو أعتقه أو قتله ،
وقيل هو على خيرته أن غدى أمضى البيع والا فسخ قال هذا القائل :
وهذا لأن ذلك ليس بأكثر من أن يختار الفداء ولو اختار أن يفديه
ثم قبل أن يخرج أرش الجناية رجع عن ذلك كان له . هكذا قال
الشيخ أبو حامد . ويقتضيه كلام أبي الطيب في النقل عن صاحب هذا
الوجه ، وشبهه أبو الطيب بما إذا قال الراهن أنا أقضى الدين من غير
الرهن أو من قيمة الرهن لا يجب عليه الوفاء بذلك ، وهذا النقل
نستفيد منه أن عند اختيار الفداء لا يلزم ، وهو كذلك على الأصح ،
وبه يضعف ما اقتضاه إطلاق التهذيب فيما تقدم من جواز البيع
عند اختيار الفداء . ولا يضعف به جعل البيع التراما للفداء ، لأن
المأخذ في ذلك الحيلولة كالعق والقتل ، فلا يلزم من كون صريح
الالتزام غير ملزم أن لا يكون هذا ملزما ، فإن قلنا بالأول فطريقان
(أحدهما) يفديه ههنا بأقل الأمرين قولاً واحداً ، هكذا قال الشيخ
أبو حامد وأبو الطيب ، وعزاها ابن داود إلى النص (والثانية) ذكرها
ابن داود وابن أبي هريرة ، ويقتضيها كلام الماوردي جريان القولين
فيه ، ووجه الطريقة الأولى أنه لا يقدر على تسليمه للبيع ، ولذلك
إذا قبله يفديه بأقل الأمرين خاصة . ومنهم من أجرى فيه الخلاف ، فإن
تعذر تحصيل الفداء أو تأخر لإغلاسه أو غيبته أو صبره على الحبس
فسخ البيع وبيع في الجناية لأن حق المجنى عليه سبق حق المشتري .

وان قلنا بالثاني وهو أنه لا يلزمه بالبيع الفداء . وهو قول
أبي اسحاق المروزي فهو بالخيار بين الفداء وتسليمه المبيع . وفي الفداء
ههنا القولان لأنه قادر على تسليمه . وإن كانت الجناية موجبة خيار
القصاص ، فإن عفا الولي فالحكم على ما تقدم ، وإن طلب القصاص
قتله ونظر ، فإن كان قبل القبض انفسخ البيع ، وإن كان بعده ،
وهي مسألة الكتاب ، والمقصود في هذا الباب وهو تفريع على الصحيح
أن الجناية الموجبة للقصاص لا تمنع من البيع ، فإذا قتل في يد المشتري
بالجناية السابقة ، فأحد الوجهين أن ذلك بمنزلة العيب ، فإن كان قد علم

به قبل الشراء أو بعده ، ولم يفسخ حتى قتل فلا شيء له • وإن لم يعلم رجع بأرث العيب وهو ما بين قيمته جانبا وغير جان منسوبا من الثمن ، ويعبر عن ذلك بأنه من ضمان المشتري ، وهذا ينسبه الجمهور الى ابن سريج وابن أبي هريرة ، كما ينسبه المصنف ، بل أكثرهم ينسبه لابن سريج ولا يذكر غيره ، ونسبه الماوردي لابن أبي هريرة خاصة ، ولم ينسب لابن سريج في هذه المسألة شيئا ونسب اليه في مسألة القطع بالسرقة السابقة أنه من ضمان البائع كما يقوله في القول الثاني وهو غريب ، وقد تقدم ذلك عنه ولا فرق بين المسألتين في هذا المعنى •

وقد تقدم أن ابن بشرى نقل ما يوافق قول ابن أبي هريرة عن نصه في الاملاء وبهذا القول قال أبو يوسف ومحمد ، ومال الماوردي اليه في القطع بالسرقة ، والثاني وهو قول أبي اسحاق وابن الحداد ، وهو مذهب الشافعي على ما قاله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهما ، وهو نصه كما ذكره المصنف ، ولفظه في آخر باب الفتيا من الجزء الثامن من الأم •

قال الشافعي : من باع رجلا غنما قد حال عليها الحول ، أو بقرا أو ابلا فأخذت الصدقة منها للمشتري الخيار في رد البيع لأنه لم يسلم له ما اشترى كاملا وأخذ ما بقي بحصته من الثمن ، ولكن من باعه ابلا دون خمسة وعشرين غالبيع جائز ، وعلى البائع صدقة الابل التي حال عليها الحول في يده . ولا صدقة على المشتري فيها • قال : ومثل هذا الرجل يبيع العبد وقد حل دمه عنده بردة أو قتل عمد أو قطع يده في سرقة ، فإذا قتل يفسخ البيع ويرجع بما أخذ منه • وإذا قطع فله الخيار في فسخ البيع وأماكه لأن العيوب في الأبدان مخالفة نقص العدد • اه • وقد وجبوا هذا القول بأن السبب كان في يد البائع وأحيل الهلاك عليه ، وإن وجد في يد غيره كما لو أحبل المشتري الجارية المبيعة بيعا فأسدا وردھا الى بائعها وماتت من الطلق • وبهذا القول قال أبو حنيفة •

ويعبر عن هذا القول بأنه من ضمان البائع ، ويعبر عنه أيضا

بأنه كالأستحقاق أى جعل التلف فى يد المشتري بالسبب السابق كظهور الاستحقاق فى البيع بسبب سابق ، وهذا الشبه يوهم أنه تبين بطلان البيع ، ولم يريدوا ذلك بل يفسخ بالتلف ووقع الشبه فى الحكم بالبطلان من حيث الجملة ، وقد تقدم أن الماوردى نقل ما يوافق هذا القول عن ابن سريج فى مسألة القطع • وذلك خلاف المشهور • وأما تمسك القائلين بالوجه الأول بمسألة المرض وهى فيما إذا اشترى عبدا مريضا وتمادى المرض الى أن مات فى يد المشتري طريقان (أحدهما) أنه على الخلاف ويحكى هذا عن الحلیمی وغيره ، وسيأتى عن القاضى أبى الطيب ما يقتضيه ، فعلى هذا يسقط الاحتجاج بها (وأشهرهما) القطع بأنه من ضمان المشتري ، وعلى هذا ، الفرق ظاهر لأن المرض يزداد شيئا فشيئا الى الموت ، فليس الموت بالمرض السابق على البيع بل بما تجدد بخلاف الجنائية فانها سبب كامل للقصاص ، وهذا معنى الفرق الذى ذكره المصنف ، ويكتفى فى ذلك بمجرد الاحتمال فانه يمنع من الحاقه بالمرض القديم ، فكيف والظاهر حدوث سبب جديد ، والأصل صحة العقد ولزومه •

ونظير ذلك اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بحملها فماتت من الطلق يرجع بأرث العيب لأنها ماتت من أوجاع الطلق ، وهى حادثة فى يد المشتري كالمرض اذا مات ، قاله القاضى أبو الطيب ، وحكم الجراحة السارية حكم المرض ، ذكره فى التهذيب وجعلها على الوجهين • وبين أن ذلك فى المرض المخف • أما غير المخوف كالصداع والحمى فيرجع بالأرث اذا ازداد فى يده ومات ، وكذلك ذكره القاضى حسين • وحكم القولنج حكم المرض المخوف على ما ذكره القاضى حسين والبغوى حينئذ موافقين للحليمى • وهذا كله اذا لم يعلم المشتري بالجنائية حتى قتل فى يده ، فلو علم قبل العقد أو بعده ولم يفسخ فقد صرح المصنف بأن الحكم كذلك ، قال الراعى : ويحكى عن أبى اسحاق واختيار أمى حامد (قلت) وهو الشيخ أبو حامد الاسفراينى فانه كذلك فى تعليقه علم به أو لم يعلم وتبعه المصنف • أما القاضى أبو الطيب فانه نسب ذلك الى بعض أصحابنا • وقال : انه غلط ، وان مذهب الشافعى لا يختلف أنه بمنزلة العيب •

ونقل عن نص الشافعي في كتاب الرهن أنه بمنزلة العيب الذي قد رضى به • ولا شيء له • قال الرافعي : انه الأصح عند الجمهور • وهو قول ابن الحداد أنه لا يرجع بشيء لدخوله في العقد على بصيرة وامساكه مم العلم بحاله كما قال القاضي أبو الطيب قال : وليس هو كظهور الاستحقاق من كل وجه • ولو كان كذلك ما صح بيعه أصلا وممن اختار هذا ابن الصباغ وابن أبي عصرون ، وتحصل من ذلك أنه عند الجهل ينزل منزلة الاستحقاق ، وعند العلم ينزل منزلة العيب ، فإذا رضى به سقط أثره ، وهو أقوى في المعنى ، وفي الحقيقة هو عيب في الحالين ، ولكن في حالة العلم سقط أثره ، وفي حالة الجهل القتل من أثره ، فلذلك نزل منزلة الاستحقاق لكونه لم يرض به • غير أن النص الذي تمسك به أبو الطيب من كتاب الرهن ان كان هو الذي نقلته فيما تقدم عند طرء أن العيب قبل القبض ، وهو قول الشافعي : انه عيب دلس به ، فهذا لا دليل فيه ، لأن الشافعي ما تكلم في حالة القصاص ، وانما ذلك اذا طلع عليه قبل القصاص ، قال : له أن يرد لأنه عيب وهذا لا نزاع فيه ، انما النزاع في كونه اذا لم يرد حتى قتل هل ينفسخ أو لا ؟ •

(فرع) أما ثبوت الخيار للمشتري اذا صححنا البيع ولم يحصل القصاص فان كان بعد الفداء فقد سبق حكمه في العيوب والتفصيل في العمدة بين أن يتوب أو لا وفي الخطأ بين أن يكتر أو لا ، وادعى ابن الرفعة أن نص الشافعي في البويطي في كتاب الغصب يدل على أنها — وان كثرت — لا يثبت الخيار اذا كان خطأ ، وفيه نظر ، وقد تأملت في كتاب الغصب في البويطي ، وفيه ما يحتمل ذلك بالمفهوم لا بالمنطوق ، وليس بقوى التمسك به •

وقال ابن الرفعة : انه بين التمسك به في كتاب الغصب ، أما اذا كانت قبل الفداء ، قال ابن الرفعة : شبه أن يثبت الخيار سواء أقلنا يلزم السيد فداءه أم لا وهو كما قال ، وهذا حيث يقول : ان مجرد الجنائية لا يكون عيبا لما عند التوبة أو عدم التكرار أما اذا كانت عيبا فهي كافية في ثبوت الخيار •

(فرع) اذا باعه ولا جناية منه ، ولكنه كان قد حفر بئرا في محل عدوان قبل البيع فتردى فيها ، من يجب ضمانه بعد البيع ؟ يشبه أن يكون كما لو كان قد جنى جناية توجب قصاصا ثم بعد البيع عفى على مال ، وقد تقدم .

(فروع) وطء الجارية الجانية لا يكون التراما للفادى ، وفيه وجه مذكور في الديات من الرافعى . ولو قال لعبده : اذا جاء رأس الشهر فأنت حر ، فجنى العبد ثم جاء رأس الشهر عتق ولزم السيد الفداء ، قاله القاضى عنه في باب الأمة تغرس نفسها ، ولو قال : ان دخلت الدار فأنت حر ، فجنى العبد ثم دخل الدار تعلق الأرش بذمة المعتق ، والفرق أنه في هذه عتق بفعله ، ولم يوجد من السيد فعل ، وفي الأولى لم يوجد من العبد شيء ، فصار السيد متلفا بالمعتق المعلق ومثل ذلك اذا قال : اذا قدم زيد فأنت حر ، فإنه لا فعل من العبد .

قال ابن الرفعة : ينبغى على قولنا بعدم نفوذ عتق الجانى ، وأن الاعتبار بحال الصفة لا يحكم بعقته ببينة لو نقص الأرش عن الرقبة ، هل يكون الحكم كما تقدم ؟ ولا يمتنع البيع الا في مقدار الأرش ؟ ظاهر نص الشافعى الأول ، وحاول ابن الرفعة تخريج خلاف وقال : وقد ذكره الغزالي في الزكاة وأيده بقول العراقيين : ان بيع العبد الجانى كبيع الوارث التركة قبل قضاء الدين ، وبأن الرافعى في الوصايا عند الكلام في الدور الواقع في الجنایات ، اذا جنى عبد على حر وعفا المجنى عليه ومات ، فإن أجازته الورثة فذاك والا نفذ في الثلث وانفك العبد عند تعلق العبد ، وأشار الامام فيه الى وجه آخر كما أن شيئا من المرهون لا ينفك ما بقى شيء من الدين .

(فائدة) أجمعوا اذا كان في يد العبد مال وهو مأذون أن الدين في ماله والجنانية في رقبتة ، فاذا عجزت الرقبة عن احتمال الجنانية لم يرد الا ما في يده ، وكذلك اذا عجز ما في يده عن الدين لم يرد الى الرقبة .

(فرع) لو اشترى عبدا وبه مرض أو جراحة ، فزاد ذلك في يد المشتري ولم يعلم ثم علم حال الاستقصاء ، قال القاضى أبو الطيب :

قياس قول أبى بكر بن الحداد المصرى تصوير الزيادة كأنها حصنت في يد البائع وللمشتري الخيار في الرد والرجوع بجميع الثمن ، وعلى قول سائر أصحابنا زيادة المرض في يده تمنع من الرد ، وله الرجوع بالأرث بقدر ما بين قيمته صحيحا ومعينا . بالعيب الذى كان في يد البائع دون الزيادة التى حدثت في يد المشتري ، لأن هذه الزيادة حدثت بسبب المرض الذى كان عند البائع فكان على وجهين كالقطع في السرقة وان لم يعلم بالمرض أو الجراحة حتى سرت الى النفس ، فعلى قول ابن الحداد ينفسخ البيع ، ويرجع بالثمن ، وعلى قول ابن سريج وأبى على لا ينفسخ ويرجع بالأرث ، ولو اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل حتى ماتت من الولادة فعن القاضى أبى الطيب أنه على الوجهين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى عبدا مرتدا فقتل في يده ، ففيه وجهان في قول أبى اسحاق ينفسخ البيع ويرجع بالثمن ، وعلى قول أبى العباس وأبى على ابن أبى هريرة كان قد علم بالردة لم يرجع بالأرث ، وأن لم يعلم رجع بالأرث - ووجههما ما ذكرناه في الجاني عبدا) .

(الشرح) بيع العبد المرتد صحيح على المذهب كبيع العبد المريض المشرف على الهلاك ، وعن الشيخ أبى على حكاية وجه أنه لا يصح تخريجا من الخلاف في العبد الجاني ، والمشهور القطع بالأول ، وكذلك يقاس الجاني عليه وقد تقدمت الإشارة الى الفرق ، لأن رقبة الجاني مستحقة لآدمي وله العفو على مال فنان تعلق المال حاصل بخلاف المرتد ، وقال القاضى حسين . ان الوجه المذكور خطأ لأن الشافعى نص أن رهن المرتد والقاتل جائز ، فاذا فرعنا على صحته فقتل قبل القبض انفسخ العقد على ما تقدم ، وان قتل في يد المشتري بالردة السابقة فعلى الخلاف المتقدم في الجاني على قول أبى اسحاق وابن الحداد ، والمنصوص للشافعى : ينفسخ البيع ويرجع بالثمن ان كان المشتري جاهلا بردته .

وفيما اذا كان عالما وجهان ، رأى المصنف والشيخ أبى حامد وأبى اسحاق أنه كذلك ، ولهذا أطلق هنا : ورأى ابن الحداد وهو

الأصح على ما تقدم أنه لا ينفسخ البيع ، ولا يرجع بشيء . قال
 الامام : كان يقرب من ذلك الوجه ، يعنى الذى يقول بأنه ينفسخ مطلقا
 كما يقوله المصنف أن يقال بالوقف حتى يقال ان قتل المرتد تبينا أن
 بيعه لم يصح ، وان عاد الى الاسلام تبينا الصحة ، قال : ولم أر
 ذلك لأحد (وأما) على قول ابن سريج وابن أبى هريرة . فان كان
 علم بالردة لم يرجع بالأرث ، لأنها عيب رضى بها ، وان لم يعلم
 رجوع ، كتعذر الرد ، فيرجع بأرث العيب القديم كسائر العيوب ،
 فينفوم مرتداً وغير مرتد ، ويرجع بما بينهما منسوبا من الثمن . قال
 الأصحاب : فان قيل : المرتد قتل لا تامة على الردة . وذلك حادث فى
 يد المشتري (فالجواب) أنه انما قتل بالردة السابقة لأنه لو قتله
 انسان قبل الاستجابة لم يضمه . فاقامته على الردة لم توجب القتل
 لكن استيفاء ما وجب عليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان قتل العبد فى المحاربة وانحتم قتله ففد ذكر الشيخ أبو حامد
 الاسفراينى رحمه الله فى التعليق : أن البيع باطل لأنه لا منفعة فيه ، لأنه
 مستحق القتل ، فلا يصح بيعه كالحشرات . وقال شيخنا القاضى
 أبو الطيب : يصح بيعه ، لأن فيه منفعة ، وهو أن يعتقه فنصح بيعه
 كالزمن ، فعلى هذا اذا قتل فى يد المشتري فحكمه حكم القاتل عمداً
 فى غير المحاربة ، وقد بيناه) .

(الشرح) اذا قتل فى المحاربة فان تاب قبل أن يقدر عليه فالقود
 ههنا محتتم بل هو الى ولى الدم والحكم فيه على ما تقدم فى جناية
 العبد : وان قدر عليه قبل أن يتوب وقتلنا : تسقط انعقوبة بالتوبة بعد
 الظفر فكذا (فان قلنا) لا تسقط قتلات ضرق (احداها) قال الشيخ
 أبو حامد : لا يجوز البيع قولاً واحداً ، لأن قتله محتتم ويفارق المريض
 والمرتد والتاتل فى غير المحاربة لرجاء براء المريض واسلام المرتد
 والعنو عن القاتل ووائته المحاملى فى المجموع . ونسب الراغى هذه
 الطريقة الى اختيار الشيخ وطبقته ، ونسبه الامام وغيره الى أبى عبد الله
 الحسين ، ولم أر فى تعليق أبى حامد التعليق بعدم المنفعة ، بل يتحتم

القتل فجاز أن يقول منفعة هذه مع كونه غير باق ألا يتخلص به لعبادة الله تعالى غير مقصودة وأما الدين فانه باق يتخلص بالعتق للعبادة ، ومنافع الدنيا والاخرة ، واختار ابن أبى عسرون ما قاله الشيخ أبو حامد . وقطع به فى المرشد وقال : جواز عتقه لا يستدل به على جواز بيعه ، بدليل الأبق والمجهول ، والمعنى فيه أن فى العتق قوة وسراية .

(الطريقة الثانية) ما قاله القاضى أبو الطيب انه كبيع الجانى يعنى عمدا فيصح على الأصح وتوجيهها ما ذكره المصنف : وقد علمت ما يرد عليه .

(والثالثة) قال الراغى : انها أظهر عند كثير من الأئمة أن بيعه كبيع المرتد ، ولا شك انها أظهر مما قاله القاضى أبو الطيب ، لأن جنائية العمد قد تصير الى المال بخلاف هذا ، لكن يرد على الحاقه بالمرتد ما قدمته من أن المرتد مرجو البقاء بالاسلام ، بخلاف المحارب الذى تحتم قتله أنه لا شك أنه أولى بالمنع منه ، ويبقى النظر فى منفعة العتق فى هذه الحالة ، هل هى مقصودة مما يتوصل اليها بالأغراض ؟ فتكون كبيع المرتد المشهور بصحته ، ويأتى فيه ما حكاه الشيخ أبو على . وأن مثل هذه المنفعة لا تعتبر شيقوى ما قاله الشيخ أبو حامد ، وفيه نظر والأقرب الأول لأن العتق كيفما كان فيه أجر ، والأجر مقصود متوصل اليه بالأموال فعلى طريقة أبى الطيب يكون حكمه حكم القاتل عمدا فى غير المحاربة ، وقد تقدم تفصيله ، وعلى الطريقة التى قال الراغى : انها أظهر عند كثير من الأئمة يكون كالمترد ، وقد تقدم أيضا وعلى طريقة الشيخ أبى حامد البيع باطل ولا كلام .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا باع عينا بشرط البراءة من العيب ففيه طريقان (أحدهما) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى : ان المسألة على ثلاثة أقوال (أحدها) أنه يبرأ من كل عيب لأنه عيب رضى به المشتري فبرىء منه البائع كما لو أوقفه عليه . (والثانى) لا يبرأ من شئ من العيوب لأنه شرط يرتفق به أحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة كالأجل المجهول

والرهن المجهول . (والثالث) أنه لا ييرا الا من عيب واحد وهو العيب الباطن في الحيوان الذي لا يعلم به البائع لما روى سالم أن أباه باع غلاما بثمانمائة بالبراءة من كل آفة فوجد الرجل به عيبا فخاصمه الى عثمان رضى الله عنه فقال عثمان لابن عمر : احلف لقد بعته وما به داء تعلمه . فابى ابن عمر أن يحلف وقبل الغلام فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة « فدل على أنه ييرا مما لم يعلم ولا ييرا مما علمه . قال الشافعى رحمه الله : ولأن الحيوان يفارق ما سواه لأنه يفتدى بالصحة والسقم وتحول طبائعه ، وقلما ييرا من عيب يظهر أو يخفى ، فدعت الحاجة الى التبرى من العيب الباطن فيه ، لأنه لا سبيل الى معرفته ، وتوقيف المشتري عليه وهذا المعنى لا يوجد في العيب الظاهر ولا في العيب الباطن في غير الحيوان . فلم يجز التبرى منه مع الجهالة .

(والطريق الثانى) أن المسألة على قول واحد ، وهو أنه ييرا من عيب باطن في الحيوان لم يعلم به ولا ييرا من غيره ، وتأول هذا القائل ما أشار اليه الشافعى من القولين الآخرين على أنه حكى ذلك عن غيره ولم يختره لنفسه .

(فان قلنا) ان الشرط باطل فهل يبطل البيع ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يبطل البيع ويرد المبيع لحديث عثمان رضى الله عنه فإنه أمضى البيع (والثانى) انه يبطل البيع لأن هذا الشرط يقتضى جزءا من الثمن تركه البائع لأجل الشرط ، فاذا سقط وجب أن يرد الجزء الذى تركه بسبب الشرط وذلك مجهول والمجهول اذا أضيف الى معلوم صار الجميع مجهولا ، فيصير الثمن مجهولا ففسد العقد . والله أعلم) .

(الشرح) هذا الفصل باب مستقل بوب عليه المزنى والأصحاب بباب بيع البراءة وكثير من الأصحاب أدرجوه في هذا الباب لأنه من مسائله . وقضاء عثمان هذا رواه مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد عن سالم « وانظره أن عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة وباعه بالبراءة ، فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالعبد داء لم تسمه لى ، فاحتصما الى عثمان بن عفان ، فقال الرجل : باعنى عبدا وبه داء لم

يسمى له • قال عبد الله بن عمر : بعته بالبراءة ، فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه • فأبى عبد الله بن عمر أن يحلف وارتجع العبد ، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم » ورواه البيهقي في سننه ، وفي المعركة من رواية مالك كذلك •

وفي رواية تعليق أبي حامد وغيره من الفقهاء أن المشتري من ابن عمر زيد بن ثابت • وانهما اللذان احتصما إلى عثمان • وقيل إن ذلك الداء زال عند عبد الله وصح منه • وقال ابن عمر : تركت اليمين لله تعالى فغوضني الله ، وقد روى عن زيد بن ثابت وابن عمر أنهما كانا يريان البراءة من كل عيب جائزة ، واسناده ضعيف •

قال البيهقي : إنما رواه شريك عن عاصم بن عبيد الله عن عبد الله بن عامر عنهما ، وقال يحيى بن معين . حديث شريك عن عاصم ابن عبد الله عن زيد بن ثابت : البراءة من كل عيب براءة ليس يثبت ، تفرد به شريك ، وكان في كتابه عن أشعث بن سوار • وسئل عبد الله عن حديث شريك عن زيد بن ثابت في البيع بالبراءة فقال : أجاب شريك على غير ما كان في كتابه ، ولم نجد لهذا الحديث أصلاً •

قال البيهقي : إن أصح ما رواه في الباب حديث سالم ، وهو المذكور من رواية مالك في قضاء عثمان ، وعن شريح القاضي أنه كان لا يبرأ من الداء حتى يريه إياه فيقول : برئت من كذا وكذا ، وعنه لا يبرأ حتى يضع يده على الداء ، وعن عطاء بن أبي رباح وطاوس والحسن مثله ، وعن أبي عثمان النهدي قال : ما رأيتهم يجيزون من الداء إلا ما يثبت ووضعت يدك عليه ، وأبو عثمان النهدي كبير ، أدرك جميع الصحابة وفاتته الصحابة بشيء يسير ، والاسناد إليه في هذا جيد وعن ابن سيرين أنه لا يبرأ إلا من عيب يسميه ويريه • هذا ما في هذه المسألة من الاثبات عن الصحابة والتابعين •

وأما العلماء فاختلّفوا على مذاهب (أحدها) أن يبرأ من كل عيب علمه البائع أو لم يعلمه • وهو مذهب أبي حنيفة وأبي ثور ، كما روى

عن ابن عمر وزيد (والثاني والثالث) أنه لا يبرأ من شيء من العيوب :
واختلفت عبارة هؤلاء فممنهم من يقول : حتى يسميه ، وهو مذهب
ابن أبي ليلى وسفيان الثوري والحسن بن حي وداود ، ونقله
ابن المنذر عن ابن أبي ليلى والثوري هكذا مقيدا ، ونقله غيره عن
الحسن بن حي وداود مطلقا وظاهر النقل عن هؤلاء أنه اذا سمى كفى
سواء أكان العيب مما يعاين أم لا ، وهو موافق لما يقوله القاضي
حسين من أصحابنا على ما سيأتى *

(والثالث) أنه لا يبرأ من شيء حتى يضع يده عليه كما تقدم عن
شريح وعطاء وهو مذهب أحمد في رواية عنه وإسحاق ، ويشبه أن يكون
ذلك الاطلاق فيما يمكن كما فصله أصحابنا كما سيأتى ، لكن قولهم :
انه يضع يده ان كان المراد المعاينة فهو قول أصحابنا فيما يمكن رؤيته ،
وان كان يراد ظاهره من وضع اليد عليه فهو قول آخر وهو بعيد *

(الرابع والخامس والسادس) أنه لا يبرأ من العيب الباطن الذي
لم يعلم به في الحيوان خاصة كقول عثمان ، وهو مذهب مالك الذي
ذكره في الموطأ هنا *

قال مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا فمن باع عبدا أو وليدة
أو حيوانا بالبراءة فقد برىء من كل عيب فيما باع ، الا أن يكون
علم في ذلك عيبا ، فان كان علم عيبا فكتمه لم تنفمه تبرئته وكان ما باع
مردودا عليه . وهذا القول يخرج منه عند أصحابنا في تحريره ثلاثة
أقوال كما سيأتى ان شاء الله تعالى *

(السابع) قول ثاب لمالك - وقال ابن عبد البر : ان مالكا رجع
اليه - أنه لا يبرأ بذلك الا في الرقيق خاصة غيباً مما لم يعلم ولا
يبرأ مما علم فكتم ، وبعضهم قيد ذلك بأن يكون البيع من الفحاش
لأن الفحاش تشتري لتربح - وأما في سائر الحيوان وغير الحيوان
فلا يبرأ به عيب أصلا *

(والثامن) قول ثالث لمالك ، وقيل : أنه الذي رجع اليه أنه

لا ينتفع بالبراءة الا في ثلاثة أشياء فقط ، وهو بيع السلطان للمغرم
أو على مفلس • قال بعضهم : أو في ديون الميت (والثاني) السب
الخفيف في الرقيق خاصة لكل أحد (والثالث) خيما يصيب الرقيق في
عهدة الثلاث خاصة •

(والتاسع) أن البيع باطل كما هو قول في المذهب خارج من التفريع
على القول الثاني • ولا أعرفه صريحا عن أحد من السلف الا عن مذهبنا
وبعض الظاهرية وأن صح أن أحدا يقول لا بد من وضع اليد كما هو
ظاهر النقل عن شريح وغيره كانت المذاهب عشرة • هذه جملة
المذاهب •

(وأما) تفصيل مذهبنا فقد اختلف الأصحاب عن طرق أشهرها ،
وبه قال ابن سريج وابن الوكيل والاصطخري : أنه على ثلاثة أقوال
وهي المذكورة في الكتاب وأظهر الأقوال الثالث منها • وهو أنه يبرأ
في الحيوان مما لا يعلمه البائع من الباطن دون الظاهر ودون ما يعلمه
من الباطن ، ولا يبرأ في غير الحيوان بحال وحاصل هذه الطريقة أن
في الحيوان ثلاثة أقوال • وفي غير الحيوان قولين • ولا يجيء الثالث
في غير الحيوان لأنه لا باطن له • كما قاله القاضي أبو الطيب والقاضي
حسين وغيرهما •

(والطريق الثاني) القطع بهذا القول الثالث والى ذلك ذهب
ابن خيران وأبو اسحاق المروزي على ما حكاه الماوردي وغيره ،
وقال ابن أبي عسرون : انها الأصح ، وقال الامام انها الأليق بكلام
الشافعي مع قوله : ان الأولى أشهر وفي المجرد من تعليق أبي حامد
نسبتها الى عامة أصحابنا • (والطريق الثالث) حكاه الماوردي عن
ابن أبي هريرة أنه يبرأ في الحيوان من غير المعلوم دون المعلوم ،
ولا يبرأ في غير الحيوان من المعلوم • وفي غير المعلوم قولان ، وقد
رأيتها كذلك في تعليق أبي على الطبري عن ابن أبي هريرة •

(والطريق الرابع) يخرج من منقول الامام ، وهي اثبات ثلاثة
أقوال في الحيوان وغيره (ثالثها) الفرق بين المعلوم وغير المعلوم •

(والطريقة الخامسة) القطع في الحيوان بالفرق بين المعلوم وغيره ، وأجراء الأقوال الثلاثة في غير الحيوان ، وهي تخرج من نقل سلام شارح المفتاح . والطريقة الثالثة والرابعة والخامسة مقتضاها عدم التفرقة بين الباطن والظاهر ، وكذلك طرد التفصيل في غير الحيوان ، وهو لا باطن له كما تقدم عن القاضي أبي الطيب ، وذلك يوافق ما حكاه الامام والمأوردى والرافعي أن منهم من اعتبر نفس العلم ، والأكثر جعلوا العيوب الظاهرة من الحيوان كالمعلومة لسهولة الاطلاع عليها والبحث عنها . قال الامام : وإذا جمع جامع الحيوان الى غيره انتظم له أقوال (أحدها) الصحة في الجميع (والثاني) الفساد في الجميع (والثالث) الفرق بين الحيوان وغيره (والرابع) الفرق بين ما علمه البائع وكنهه ، وبين ما لم يعلم ، وقد ذكرنا البعض الظاهر والباطن فقد يجري من خلاف الأصحاب فيه قول خامس (وقال) الغزالي في البسيط : ان مجموعها سبعة أقوال (أحدها) صحة الشرط مطلقا (والثاني) فساد مطلقا (والثالث) فساد فيما علمه ، وصحته فيما لم يعلمه (والرابع) فساد فيما علمه أو يسهل العلم به (والخامس) فساد في غير الحيوان وصحته في الحيوان (والسادس) فساد إذا أبهم العيب وصحته إذا عينه (والسابع) فساد فيما سيحدث في يد البائع إذا ذكر مقصودا وصحته فيما عداه (قلت) وفي الخامس نظير لأنه يقتضي الصحة في الحيوان مطلقا من غير تفصيل فتحرير العبارة فيه أن يقال يفسد في غير الحيوان ويصح في الحيوان فيما لم يعلم أو لم يسهل العلم به . والسابع صحيح لما سيأتى عن القاضي حسين مع جريان الخلاف مع التبيين (والثامن) صحيح أيضا لما سيأتى ، ويأتى فيه وجه ثامن بالفساد فيما سيحدث في يد البائع إذا ذكر ولو تلعبا (والوجه التاسع) بطلان العقد وسبب اختلاف الأصحاب على هذه الطرق أن الشافعي قال على ما حكاه المزني في المختصر : إذا باع لرجل شيئا من الحيوان بالبراءة ، فالذي أذهب اليه قضاء عثمان ابن عفان رضي الله عنه أنه برىء من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ولم يسمه ويقفه عليه تقليدا ، وأن الحيوان يفارق ما سواه لأنه يغتذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه وقلما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر . وان صح في القياس لولا ما وصفنا من افتراق الحيوان وغيره أن لا يبرأ من عيوب لم يرها ولو سماها لاختلافها ، أو يبرأ

من كل عيب ، والأول أصح . وهذا النص نقله المزني من اختلاف العراقيين من الأم ، فإن فيه في باب الاختلاف في العيب قال الشافعي : وإذا باع الرجل العبد أو شيئاً من الحيوان بالبراءة من العيوب ، فالذي نذهب إليه والله أعلم قضاء عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه برئ من كل عيب لم يعلمه ولم يبرأ من عيب علمه ولم يسمه البائع ويقفه عليه ، وإنما ذهبنا إلى هذا تقليداً ، وأن فيه معنى من المعاني يفارق فيه الحيوان ما سواه وذلك أن ما كانت فيه الحياة فكان يغذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه قلما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر ، فإذا خفى على البائع أترأه يبرئه منه ؟ وإذا لم يخف عليه فقد وقع اسم العيوب على ما نقصه يقل ويكثر ويصغر ويكبر ، وتقع القسمة على ذلك ولا يبرأ منه إلا أن يقفه عليه . وإن صح في القياس لولا التقليد وما وصفنا من مفارقة الحيوان غيره أن لا يبرئه من عيب كان به لم يره صاحبه ولكن التقليد وما وصفنا أولى بما وصفنا ، هذا كلام الشافعي رحمه الله في اختلاف العراقيين ، وفيه زيادة هائدة على ما قاله المزني عنه وهو قوله : العبد أو شيئاً من الحيوان فإن فيه تصريحاً بالتسوية في ذلك بين العبد الذي يخبر عن نفسه وبينه على العيب الذي به ، وبين غيره من الحيوان الذي لا يمكن فيه ذلك ، وهذه هائدة جليلة ، وليس كما وقفت عليه من اختلاف العراقيين ، ذكر الذي قاله المزني آخرها من أنه يبرأ من كل عيب إذا عرف ذلك غالباً أكثر من قالوا : إن هذا الكلام من الشافعي يقتضي التردد بين القول الأول الموافق لقضاء عثمان وبين القولين الأخيرين اللذين أشار إليهما بقوله : وإن صح في القياس لولا ما وصفنا أن لا يبرأ أو يبرأ من كل عيب ، فهذه ثلاثة أحوال .

ومنهم من منع ذلك وقال : وإن كان الشافعي أشار إلى ذلك ولكنه اختار القول وقال : لولا قضاء عثمان ومفارقة الحيوان لغيره لكان القياس هذا ولكن تركت القياس لقول عثمان ، والفرق بين الحيوان وغيره . قال القاضي أبو الطيب (قلت) أنا : قال الشافعي في كتابه اختلافه ومالك : ولو ذهب ذاهب إلى أن من باع بالبراءة برئ مما علم ومما لم يعلم لكان مذهباً يجسد فيه حجة ، وهذا مثل قول

أبى حنيفة • وقد نص عليه في هذا الكتاب ، وهذا يبطل قول من قال : أن مذهبه لا يختلف فيه ، وأنه قول واحد • انتهى •

والجورى نقل هذا النص عن رواية حرمة والماوردى ذكر هذا النص • وقال ابن خيران وأبو اسحاق لم يخرجوا ذلك قولاً لأجماله (قلت) والأجمال فيه ظاهر ، وقد اختار المصنف في اللمع أن مثل هذه العبارة لا تجوز أن يجعل ذلك قولاً له ، والمشهور طريقة اثبات الأقوال لما تقدم ، وفي الاستذكار لابن عبد البر أن الشافعى قال في الكتاب العراقى ببغداد بأنه لا يبرأ الا من عيب يريه للمشتري ، فاستفدنا بهذا النقل اثبات القول بعدم البراءة ، وأنه في القديم •

وأضعف الطرق الطريقة الرابعة المأخوذة من الامام ، فانها لم تفرق بين الحيوان وغيره ، وذلك خلاف صريح قول الشافعى • وطريقة ابن أبى هريرة محتمة • ولو ذهب ذاهب الى طريقة سادسة — وهو أنه في الحيوان يقطع بالقول الثالث ، وفي غير الحيوان قولان : (أحدهما) يبرأ مطلقاً (والثانى) لا يبرأ مطلقاً • لكن ذلك وجهها • وهذه غير طريقة ابن أبى هريرة • لأنه يقطع بأنه لا يبرأ من غير المعلوم في الحيوان • وهذه الطريقة التى أقولها مقتضاها اجراء القولين في غير الحيوان فيما علمه وفيما لم يعلمه والقطع بالتفصيل في الحيوان • ووجه هذه الطريقة اختيار الشافعى لقضاء عثمان •

وقوله : أنه لولا ذلك والفرق بين الحيوان وغيره لكان يبرأ أو لا يبرأ • يعنى كان فيه قولان • وهذا دليل على ثبوت القولين فيما عدا المحل الذى فيه تقليد عثمان • والفرق المذكور وهو غير الحيوان • بالطريقة القاطعة بأنه لا يبرأ فيه من عيب أصلاً ، كما تقتضيه طريقة ابن خيران وأبى اسحاق لا دليل عليها من كلام الشافعى ، وإنما غاية كلام الشافعى على مقتضى استدلالهم أن يدل على القطع في الحيوان خاصة ، فهذه طريقة لم أر أحدا ذهب اليها ، ولها وجه ظاهر من كلام الشافعى • وقول الشافعى في المختصر : والأول أصح ، الظاهر أنه يريد به الأول من الاحتمالين اللذين ذكرهما لولا تقليد عثمان ومفارقة الحيوان لغيره أى أن القول انه لا يبرأ على ذلك التقدير أصح من

القول بأنه يبرأ من كل عيب لأجل ذلك ، والله أعلم . اقتصر عليه في اختلاف العراقيين ، ويحتمل أن يكون المراد بالأول ما قاله موافقاً لقضاء عثمان ويكون في ذلك تقوية لأن في المسألة ثلاثة أقوال في الحيوان وقولين في غيره كما هو الطريقة المشهورة .

(فرع) قسم الماوردي البيع بشرط البراءة الى ثلاثة أضرب :

(أحدها) يبرأ من عيوب سماها ووقف المشتري عليها ، فهذه براءة صحيحة وبيع جائز ، لانتفاء الجهالة ولزوم الشرط في العقد ، فإن وجد المشتري بالمبيع غير تلك العيوب غله الرد ، وإن لم يجد إلا تلك فليس له الرد .

(الضرب الثاني) أن يبرأ من عيوب سماها ، ولم يقف المشتري عليها ، فهذا على نوعين (أحدهما) أن تكون العيوب مما لا يعين كالسرقة والابق ، فتصح البراءة فيها بالتسمية ، لأنها غير مشاهدة ، فلم يمكن الوقوف عليها ، واكتفى بالتسمية فيها فإن ذكرها اعلام وإطلاع عليها .

(والنوع الثاني) أن تكون مما يعاين كالبرص والقروح . فلا تكفى التسمية حتى يقف عليها ويشاهدها لأن لنقص العيب قسطاً من الثمن يزيد بزيادته العيب وينقص بنقصه فصارت التسمية لها عند عدم مشاهدتها جملاً بها .

(قلت) وهذا معنى قوله في المختصر : ولو سماها لاختلافها ، وكذلك قوله في اختلاف العراقيين : ولا يبرأ منه إلا أن يقفه عليه . وكلام الماوردي يقتضي أن هذا الضرب ليس محل الخلاف . ولا شك أن القائل بالبراءة مطلقاً إذا أطلق شرط البراءة يقول هنا عند التسمية وإن لم يقفه عليها بطريق الأولى . وكذلك إذا كان البرص ونحوه في باطن فإن الأصح أن يبرأ منه إذا لم يعلمه عند الإطلاق ففى حالة التسمية كذلك ، وكذلك قال الرافعي : إنه أن أراه موضع البرص وقدره صح وإن لم يره فهو كشرط البراءة مطلقاً ، وكذلك يقتضيه كلام

الامام والفوراني والمتولى والبغوى ، وينبغى أن يحمل كلام الماوردى على هذا المعنى •

قال الراغبي : هكذا فصلوه ، وكأنهم تكلموا فيما يعرفه في المبيع من العيوب وأما ما لا يعرفه ويريد البراءة عنه لو كان ، فقد حكى الامام تفريعا على فساد الشرط فيه خلافا مخرجا على ما ذكره من المعنيين ، يعنى أن العلة في فساد الشرط الجهالة أو كونه من مقتضى العقد (ان قلنا) بالأول صح لانتفاء الجهالة (وان قلنا) بالثاني فلا ، ومثل صاحب التهمة بتسمية العيب بأن يقول على أنه برىء من الزنا والاباق والسرقة ، وهذا الذى تقدم من أن الذى تمكن معاينته لا تكفى فيه التسمية هو قول الأصحاب •

قال القاضى حسين : وعنه يكون يصح في هذا الموضع لقلة الجهالة ، وهذا مخالف لما تقدم من كلام الشافعى ، ومثل القاضى هذا النوع باخباره بمثل الجدار وانكساح الجذع •

(مخرج) ادعى الراغبي أنه لا خلاف في البراءة اذا شرط البراءة من الزنا والسرقة والاباق ، لأن ذكرهما اعلام ، وفي كلام القاضى حسين في الفتاوى ما يقتضى المنازعة في هذا الاطلاق ، وأنه ان قال : هو أبق وبعته بشرط أنى برىء من عيب الاباق برىء قطعاً ، ولو قال : لا أعلمه أبقا وبعته بشرط أنى برىء من عيب الاباق قال : فلهذه المسألة مقدمة ، وهى أنه لو اشتراه ولم يعلمه أبقا فقال : أبرأتك من عيب الاباق ، فبان أبقا هل له الرد ؟ وجهان كما لو باع مال ابنه على ظن أنه حى فبان ميتا •

(فان قلنا) يبرأ برىء هنا (وان قلنا) لا يبرأ فالباع بهذا الشرط هل يصح ؟ على قولين (فان قلنا) يصح ففى صحة الشرط جوابان — وان قال : بعته بشرط أنى برىء من الاباق ، يعنى لو لم يعلم شيئاً قال : فالظاهر أنه ليس له رده ، لأن الشرط اعلام •

وان قال : لا أعلم هل هو أبق أو لا ، ولم يرد عليه ، يعنى ولم يشترط فوجده أبقا فله الرد ، ذكر هذه المسائل القاضى حسين في فتاويه •

(الضرب الثالث) أن يبرأ اليه من كل عيب من غير أن يسميها ،
ولا يقف المشتري عليها فهو محل الأقوال والطرق المتقدمة .

(فرع) في الاستدلال للأقوال المذكورة غير القول الظاهر من
المذهب أو أجوبتها . أما القول الأول وهو أنه يبرأ من كل عيب ، وهو
مذهب أبي حنيفة فلقوله صلى الله عليه وسلم : « المؤمنون عند شروطهم »
وبأن الإبراء من المجهول صحيح لقوله صلى الله عليه وسلم لرجلين
تخاصما عنده في مورايت درست : « أسهما وأوجبا وليحلل أحكما
صاحبه » رواه البيهقي في كتاب الصلح ، وبأنه اسقاط حق لا تسليم
فيه فيصح في المجهول كالطلاق والعنق ، وبأن خيار العيب انما يثبت
لاقتضاء مطلق العقد السلامة ، فاذا صرح بالبراءة ارتفع الاطلاق .

(والجواب) عن الأول أنه روى في هذا الحديث ما وافق الحق
منها ، علي أن الحديث المذكور فيه كلام ، ومنع بعضهم صحته ، ثم
هو معارض لقوله صلى الله عليه وسلم : « كل شرط ليس هو في كتاب
الله فهو باطل » ونهيه عن بيع وشرط (وعن الثاني) بأن التحليل يصح
بأن يصيره معلوما . فيقول : من كذا وكذا (وعن الثالث) بأن الطلاق
والعنق يصح تعليقهما ، فصحا في المجهول بخلاف الرد بالعيب . وأما
القول الثاني وهو أنه لا يبرأ من شيء من العيوب الا بالتسمية والتوقيف
فالنهي عن بيع وشرط . وعن الغرر .

ومن القياس أنه رفق في البيع لا يثبت الا بالشرط ، فلا يثبت مع
الجهالة كالأجل والرهن والضمان ، ولأنه عيب لم يقف عليه المشتري
فثبتت له رد المبيع على صفته كما اذا لم يبرأ منه وفيه احتراز عن
حدوث العيب والرضا به ، وبأن الإبراء من المجهول لا يصح لأنه تبرع
لا يصح تعليقه فلا يصح في المجهول كالهبة وبأنه خيار ثابت بالشرع
فلا ينفى بالشرط كسائر مقتضيات العقد .

وملخص هذه الأقيسة الدالة لهذا القول ترجع الى سببين (أحدهما)
التعليل بالجهالة (والثاني) بمخالفة مقتضى العقد ، ووضع الشرع في
الرد بالعيب . فان قالوا : الهبة فيها تسليم والجهالة تمنع من التسليم ،

انتقض عليهم بالوصية والاقرار وفيهما تسليم واجب ، ويصحان في المجهول ، وفي الاستدلال طريقة اخرى بأن تفرض المسألة غيمن شرط البراءة مما يحدث في يده من عيب ، لأنه ابراء من الضمان قبل التسليم ، فلم يجز كالابراء من ضمان جميع الثمن اذا تلف في يده ، وأما القولان الرابع والخامس فضعيفان جدا لا دليل لهما ، والسادس وهو مذهب أحمد قريب من الثالث الذي هو ظاهر المذهب .

(فرع) في الاستدلال للقول الظاهر من المذهب ، الحجة في ذلك ما ذكره الشافعي رضي الله عنه من قضاء عثمان رضي الله عنه مع مفارقة الحيوان لما سواه كما بينه ، فلو حكمنا بأن البيع والشرط لا يصح لأدى الى أن لا يستقر بيع في حيوان أصلا ، والتمسك به من وجهين (أحدهما) أن ابن عمر من كبار الصحابة وزيد بن ثابت أيضا كذلك ، وقد قيل انه المشتري منه وترافعهما الى امام الوقت في خصومة ويقضى بينهما بقضاء ، الظاهر أن ذلك يعسر ، ولم يثبت عن أحد منهم الانكار فكان اجماعا ، واعترض على هذا بأن ابن عمر مخالف ، فانه علم بالعيب واعتقد أنه لا يثبت الرد (أما) علمه فلامتناعه من اليمين (وأما) اعتقاده فلم يكن كذلك لقبله .

وأجاب الأصحاب بأنه يحتمل أن لا يكون علم وامتنع عن اليمين تورعا (قلت) وهذا الجواب والاحتمال يعتضد بما تقدم عن البيهقي أنه لم يثبت عن ابن عمر القول بالبراءة ، لكن الشافعي رحمه الله في اختلافه مع مالك قال : وقد اختلف عثمان وابن عمر في العبد يبتاع ويبرأ صاحبه من العيب ، فحضى عثمان على ابن عمر رضي الله عنهم بأن يحلف ما كان به داء علمته ، وقد رأى ابن عمر أن التبري يبرئه مما علم وما لم يعلم ، قال الشافعي يخاطب من سألته : فاخترت قول ابن عمر وسمعت من أصحابك من يقول : عثمان الخليفة وقضاؤه بين المهاجرين والأنصار كأنه قول عامتهم ، وقوله بهذا كله أولى أن يتبع من ابن عمر . انتهى .

ذكر الشافعي هذا فيما روى مالك عن عثمان وخلافه . فهذا الكلام من الشافعي يقتضى اعتقاده أن ابن عمر مخالف لعثمان . وحينئذ يعتضد

الاستدلال بهذا الوجه الذى ذكره الأصحاب — وممن ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب ، وان كان ما ذكروه من الاحتمال صحيحا ، لكن لا يستقيم الاستدلال للشافعى بذلك ، وهو قائل بخلافه . نعم يصح لمن ينظر من حيث الجملة ، ولا يتقيد بكلام الشافعى أن يقوله .

ومما يضعف التمسك بهذا الوجه للمذهب أن الشافعى عضد قول عثمان رضى الله عنه بما ذكره من مفارقة الحيوان لغيره ، وعلى هذا الوجه لا يحتاج الى ذلك وأيضا لو كان كذلك لما سماه تقليدا ، وأيضا فإنه مشى على أن قول الصحابى اذا انتشر ولم يعرف له مخالف يكون كالاجماع السكوتى ، وفيه نزاع ، فإنه أنزل رتبة مما يتحقق منه سكوت الباقيين . (وان قلنا) بأن الاجماع فى السكوت حجة لاسيما هذه المسألة مع الاحتمال القوى فى مخالفة ابن عمر وورود الرواية عنه وعن زيد بذلك من غير هذه الطريق وان كانت ضعيفة ، فإن ذلك بخرم الظن بعدم الخالف . وذكر الامام ههنا معترضا على التمسك بهذا الوجه أن مذهب الشافعى فى الجديد أنه لا ينسب الى ساكت قول .

(الوجه الثانى) من الاستدلال ما ذكره الشافعى وأشار اليه من اعتضاد قول عثمان رضى الله عنه بالقياس . ومثل هذا يكون حجة عند الشافعى على القديم فلأن قول الصحابى حجة يقدم على القياس .

وأما على الجديد فلأنه يرى أن قول الصحابى مع القياس الضعيف المسمى عند الماوردى بقياس التقريب يقدم على القياس القوى المسمى عند الماوردى بقياس التحقيق ، وهل المراد بالضعيف الذى لا تجتمع فيه شروط القياس فيشكل اعتضاده ما ليس بحجة بما ليس بحجة . ويأتى فيه البحث الذى تقدم فى المرسل فى مسألة بيع اللحم بالحيوان ، أو الذى اجتمعت فيه شروط القياس لكنه خفى لو انفرد يقدم القياس القوى عليه ، وهذا هو الذى ينبغى أن يكون المراد .

وقد فسر الماوردى فى كتاب الايمان مراده بقياس التقريب وقياس التحقيق وههنا مباحث :

(أحدهما) أطلق الشيخ أبو حامد هنا أن قول الصحابي على القديم حجة مقدمة على القياس واقتضى كلامه أن ذلك مطلق وإن لم ينتشر . وقيده الماوردي بالمنتشر الذي لم يعلم خلافه ، وهما قولان في القديم منقولان عن الشافعي في كتب الأصول — وقال ابن الصباغ : انه في القديم حجة ، وفي الجديد ليس بحجة الا أن ينتشر ، فاقترض ذلك أنه اذا انتشر يكون حجة في الجديد .

وقال الجوزي : ان قول الصحابي الذي ليس له مخالف انما يكون حجة في الجديد اذا اعتضد بضرب من القياس وأنه في القديم حجة ، فاذا احتل المسألة أصلا كان ما وافقه أولى ، وهو أدون الاجتماعات ، وأعلى منه الاجماع الذي تعرفه الخاصة كتحریم النكاح في العدة وأعلى منه ، وهو اجماع الخاصة والعامة لكون الظاهر أربعا ، هذا مختصر كلام الجوزي .

وقال البندنجي في مقدمة كتاب الذخيرة : قال الشافعي في أدب القاضي : ولا يجوز لأحد من أهل العلم أن يقلد أحدا غير رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرد الشافعي أن النبي صلى الله عليه وسلم قوله يسمى تقليدا ، وانما أراد قبول قوله في صورة التقليد — فأما الصحابة فان قال علماءها قولاً كان حجة مقطوعاً على معيتها وإن قال واحد منهم قولاً وانتشر في الباقيين فان صوبوه أو قالوا ما يدل على الرضا فهو اجماع أيضاً ، وحجة مقطوع على معيتها ان بلغهم وسكتوا ، ولم يكن منهم ما يدل على نص ولا انكار فاذا انقرض العصر كان حجة أيضاً مقطوعاً على معيتها في اطلاق اسم الاجماع عليه من ناحية العبارة وجهان ظاهر قول الشافعي أنه لا يسمى اجماعاً . وقال داود ، وأكثر المتكلمين : ليس بحجة .

وان قال واحد منهم قولاً ولم ينتشر قال في القديم : هو حجة ، وهو قول مالك وأبي حنيفة ، وقال في الجديد : ليس بحجة (فان قلنا) ليس بحجة — فان عاضده قياس وأن ضعف — كان قوله مقدماً على القياس القوي ، وإن لم يعضده قياس كان بمنزلة قول التابعي يقدم القياس عليه ، ولا يخص بقوله العموم (وان قلنا) حجة قدم

على القياس القوى الا أن يكون القياس في معنى الأصل ، فيكون هذا القياس مقديما عليه ، وهل يخص به العموم ؟ وجهان ، هذا في قول الصحابي على سبيل الفتيا •

أما حكمه فإن كان بعد استشارة الصحابة فاجماع ، والا فإن انتشر ولم ينكر فالذى سمعت الشيخ يقول : ليس بحجة ، وهو بمنزلة قول الواحد اذا لم ينشر على قولين ، لأن حكم الحاكم لا يسع خلافه ، فلا يدل السكوت على الرضا ، ورأيت أبا على الطبرى في الانصاح يقول : هذا حجة قول واحد ، ولكن هل يقع على معيتها ؟ على وجهين . (أحدهما) نعم كالفتوى (والثاني) لا ، واذا انتشر قول التابعى في التابعين لم يكن كانتشار قول الصحابي في الصحابة على الأصح وهو قول أبى العباس ، هذا تلخيص كلام البندنجى وكثير مما ذكره شاركه فيه المصنف وأكثر الأصحاب ، ولكن في كلامه زيادة فوائد ، فذلك رأيت نقله ، واختار المصنف على قولنا : انه ليس بحجة أنه اذا عضده قياس ضعيف لا يصير حجة لأن كلا منهما بانفراده ليس بحجة •

وقال الصيرفى : يصير حجة ، وهو الذى قاله المصنف في الأصول يخالف ما قاله الشيخ أبو حامد والماوردى هنا أن ذلك حجة على القديم والجديد ، وقد قدمت أنه ينبغي تفسير الضعيف بما يكون حجة الا أن يكون ثم قياس أقوى منه فيقدم هو مع قول الصحابي على القياس القوى ، وحينئذ يتجه ما قاله الشيخ أبو حامد ولا يرد ما قاله المصنف الا أن يكون فهم عن الصيرفى أنه يقول بظاهر عبارته وحينئذ لا يكون قادحا في دعوى عدم الخلاف في مسألتنا ، اذا غسرنا الضعيف بالتفسير الذى ذكرته •

وقد رأيت كلام أبى بكر الصيرفى في كتابه المسمى بالاجماع والاختلاف ، وهو يشعر بما قلناه ، ويشير الى أن ذلك تأويل قول الشافعى في القديم أنه حجة كأنه يرى أنه اذا لم ينتشر ولا يعضده شيء لا يقول الشافعى به في قديم ولا جديد ، وان اعتضد أو انتشر قال به في القديم والجديد •

قال القاضى حسين فى أول تعليقه : انه اذا اقترن بقول الصحابى
فياض خفى قدم على القياس الجلى قولاً واحداً ، وهذا يوافق ما قلته
وما قاله الشيخ أبو حامد وغيره ، ويؤيده قول الشافعى فى اختلاف
الحديث ، وروى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه صلى فى ليلة
ست ركعات فى كل ركعة ست سجرات ، قال : لو ثبت ذلك عن على لقلت
به ، فإنه لا مجال للقياس فيه ، فالظاهر أنه فعله توقيفاً .

فهذا النص من الشافعى يدل على أنه يقول بقول الصحابى فى
بعض المواضع وان لم يكن ذلك عين المسألة التى نحن فيها ، وأنه انما
يرده اذا دل دليل على خلافه والأصليون ذكروا هذا النص من تفاريع
الشافعى فى القديم ، وعندى فى ذلك أن اختلاف الحديث من كتبه
الجديدة ، وقد روينا من طريق المصريين عنه . وقال الأستاذ أبو اسحاق
الاسفراينى : قول الصحابى اذا انتبهر حجة مقطوع بها وهل يسمى
اجماعاً ؟ فيه وجهان . وان لم ينتشر غلبت بحجة فى الجديد وهو حجة
فى القديم . فعلى القديم فى تخصص العموم به وجهان ويفهم القياس
الجلى عليه .

وفى القياس الخفى وهو الشبه وجهان (أحدهما) يقدم على قول
الصحابى . (والثانى) يقدم قول الصحابى عليه ، وهو قول أبى حنيفة ،
ومن لا خبرة له من أصحابه يقول : انه يقدم على القياس الجلى ،
وأما على الجديد فلا يخص به العموم قطعاً ، وفى ترجيح أحد القياسين
المتعارضين به وجهان (الثانى) أن هذا القول اذا لم يكن وحده حجة
فانقياس الذى عضده من الفرق بين الحيوان وغيره ان لم يكن حجة
أيضاً لم تثبت الدلالة باجتماعهما وان كان الفرق المذكور كافياً فى القياس
وتقدم الحجة ، فالحجة فيه لا فى القول المذكور .

(والجواب) أن القياس القوى يقتضى أن لا يبرأ مطلقاً أو يبرأ
مطلقاً كما قال الشافعى ، وقد أشار الشافعى بقوله : وأنه أصح فى
القياس ، يشير بذلك الى أن هذا قياس أصح ، وأن ما ذكره من المعنى
بين الحيوان وغيره قياس صحيح غلو انفرد هذان القياسان لقلنا
بالقياس الأصح لكن لما جاء قضاء عثمان رضى الله عنه قوى هو

والقياس الصحيح على القياس الأصح • ولا يمنع إذا لم يكن قول الصحابي حجة أن لا يقوى به لاسيما عثمان وقضاؤه في هذا •

(الأمر الثالث) أنه إذا كان الأمر كذلك فلم سماه الشافعي تقليدا ؟ وقبول قول الصحابي على القديم أو إذا اعتضد بما ذكرتم على الجديد حجة وقبول الحجة لا يسمى تقليدا لقبول الخبر •

(والجواب) أن الواجب اتباعه ، وقيام الحجة به وهو مجموع ما حصل من قول عثمان مع القياس الفارق والموصوف بالتقليد هو قول عثمان رضى الله عنه وحده ، وإطلاق التقليد عليه وحده صحيح ، لأنه لا يجب قبوله وحده ولا يدري من أين قاله ، وهذان هما حد التقليد ، فاجتمع هنا تقليد ودليل ، والمتنع عندنا هو التقليد بغير دليل ، والرويانى قال : انه ما قصد بهذه العبارة محض التقليد ، بل أراد الاستئناس كما قال في الفرائض انه قلد زيد بن ثابت في الاخوة مع الجد ثم عقبه بالقياس •

(الرابع) في قول مالك رضى الله عنه في ذلك الأمر المجتمع عليه عندنا هو في هذا الموضع وغيره من هذه المشكلات التى استشكلها امامنا الشافعي وغيره ، ففى الأم من كلام الربيع أو من كلام البويطى ، الله أعلم ، في اختلاف الشافعي ومالك (فقلت) للشافعي : ان لنا كتابا قد صرنا الى اتباعه ، وفيه ذكر أن الناس اجتمعوا فيه ، والأمر المجتمع عندنا وفيه الأمر عندنا ، فقال الشافعي : قد أوضحنا لك ما يدلك على دعوى الاجماع بالمدينة أو في غيرها ، وطول الشافعي في البحث في ذلك والإيراد ، نحو ثلاث ورقات ثم قال : وما كلمت منكم أحدا قط فرأيتة يعرف معناها ، وما ينبغي لكم أن تجهلوا كيف موضع الأمر عندنا ان كان يوجد فيه ما ترون •

(قلت) وقد قال أبو الوليد الباجي المالكي في كتابه الذى ألفه في أصول الفقه ، وقد روى اسماعيل بن أبى أويس رحمه الله عن مالك بيان قوله : الأمر المجتمع عليه (فقال) اسماعيل ابن أبى أويس : سألت خالى مالكا عن قوله في الموطأ الأمر المجتمع عليه والأمر عندنا

يفسره لى ، فقال : أما قولى : الأمر المجتمع عليه عندنا ، الأمر الذى لا اختلاف فيه ، فهذا ما لا اختلاف فيه قديما ولا حديثا • وأما قولى : المجتمع عليه فهو الذى اجتمع عليه من أرضى من أهل العلم وأقتدى به ، وإن كان فيه بعض الخلاف •

وأما قولى : الأمر عندنا وما سمعت أهل العلم فهو قول من أرتضيه وأقتدى به ، وما اخترته من قول بعضهم ، هذا معنى قول مالك دون لفظه (قال) وتنزيل مالك لهذه الألفاظ على هذا الوجه وترتيبها مع تقاربها فى الألفاظ يدل على تجوزه فى العبارة ، وأنه يطلق لفظ الاجماع ، وإنما يريد به ترجيح ما يميل اليه من الرتبة •

(التفریع) وقد ذكره المصنف (أن قلنا) الشرط باطل غفى بطلان البيع به وجهان • وقال الامام : فولان (أظهرهما) عند الفاضل حسين والامام والرويانى وابن داود والرافعى ، وهو قول ابن سريج على ما حكاه الماوردى ، وفى المجموع للمحاملى والتجريد له ، وهو من كلام الشيخ أبى حامد انه ظاهر المذهب ، وقال فى العدة : انه ظاهر قول الشافعى ، وهو الذى قدمه المصنف هنا أنه لا يبطل لحديث عثمان رضى الله عنه ، فانه صحح البيع لكن هذا الاستدلال فيه نظر لأن الشافعى استدلل لصحة الشرط بأثر عثمان ، فكيف يستدل به لصحة البيع مع بطلان الشرط ؟

واعلم أن قضاء عثمان على ابن عمر رضى الله عنهم باليمين أنه ما علم • نص منه فى أن البيع صحيح ، وقد يقول القائل بعد ذلك : انه ليس فيه أن الشرط صحيح ، لاحتمال أن يكون عثمان عنده أن الشرط باطل ، وأن ظهور العيب موجب للرد على ابن عمر ولو كان غير ذلك من العيوب ، أو فى غير الحيوان ، لقضى فيه بهذا أيضا ، وهذا الاحتمال هو الذى لاحظته صاحب هذا الوجه ، والله أعلم •

لكن يشكك عليه قول عثمان : تحلف أنك ما علمت ؟ وعندنا وعند صاحب هذا لأننا لا نعرف خلافا فى هذا — المذهب فيه أن من حلف فى العيب فى غير هذه المسألة يحلف على البت ، ولا يحلف على نفى

العلم : فان خالف صاحب هذا الوجه في ذلك لم يستقم له على قاعدة الشافعى ، وقد ظهر لك بهذا أن أثر عثمان صحيح في صحة البيع ، وفي أحد أمرين بعده ، اما في صحة الشرط والفرق بين العلم وغيره ، كما قاله الشافعى ، واما في أن من حلف على نفى العيب يحلف على نفى العلم ، فإنه قد يكون مذهب عثمان ذلك وهذا يبين لنا اشكالا في التمسك به ، الظاهر من المذهب والامام نمسك له بأن الشرط في وضعه ليس مخالفا لمقتضى العقد ، لأن الغرض من العقد النفوذ ، فالشرط يتضمن تأكيد لزوم والظاهر السلامة ، واعترض على هذا المعنى بأنه لو صح لوجب الحكم بصحة الشرط من وجهة موافقة مقصود العقد .

وفرق المتولى بين شرط البراءة وسائر الشروط الفاسدة ، بأن قضية الامتناع من التزام سبب يفضى الى رفع العقد ، فكان موافقا موضوع العقد ، لكن يرد عليه في هذا الشرط أن المبيع لا يكون في ضمانه قبل القبض ، والمنقول فيه أن العقد يبطل .

(والوجه الثانى) وهو الذى قدمه في التنبيه . وقال الماوردى : انه قول جمهور أصحابنا ، وقال الرويانى وغيره من الأصحاب : انه القياس ، وجزم به الرويانى في الحلية أنه يبطل العقد كسائر الشروط الفاسدة ، ولأنه يختلف ما يقتضيه العقد من الرد بالعيب ، ولأنه يفضى الى جهالة الثمن بالطريقة التى قدرها المصنف وسيأتى أن ابن أبى عسرون اختار هذا أيضا ومال الغزالى اليه ، وفي المجرد من تعليق أبى حامد أن الأول ليس بشئ .

(وان قلنا) بصحة الشرط فكذلك في العيوب الموجودة عند العقد ، أما الحادث بعده وقبل القبض فيجوز الرد به ، قاله الماوردى والمتولى والرافعى وغيرهم ، وقال القاضى حسين : انه لا خلاف على المذهب فيه ، نقل صاحب التتمة وغيره عن أبى يوسف أنه يجوز ، ونقله البغوى عن أبى حنيفة ، وقد وهم بعضهم فرعم أن كلام الغزالى فيه اشارة الى الحاق الحادث بعد العقد وقبل القبض بالحادث قبلها في البراءة عنه وليس في كلام الغزالى الحاق ذلك الا في صحة اشتراط البراءة عنه ، فلا تعتبر بذلك ، ولو شرط البراءة عن العيوب الكائنة

والتي تحدث لففيه طريقتان في تعليقه القاضي حسين (أحدهما) القطع
بالبطلان (والثانية) على قولين بالكائنة ، وقال الرافعي : فيه وجهان
(أحدهما) يذكر .

وقال الأكثرون غيره : انه غاسد ، قال القاضي حسين : ويبطل
البيع بهذا الشرط وصاحب التتمة قال في هذه الصورة : انه اذا فسد
الشرط فالحكم في بطلان العقد على ما سبق ، يعني فيصح العقد
على المذهب ، فان أفرد ما سيحدث بالشرط فهو بالفساد أولى . قال
الرافعي : ومقتضى ذلك مجيء الخلاف فيه بالترتيب . وقال الامام :
المذهب أن الشرط يبطل بخلاف ما ذكرناه في المسألة الأولى يعني اذا
جمع بين الكائنة والتي ستحدث .

وصرح الامام بثلاثة أوجه (أحدها) صحة البراءة في العيوب
الحادثة مطلقا . (والثاني) الفساد مطلقا (والثالث) الفرق بين أن
يذكر تابعا أو مقصودا ، وهذا معنى الأولوية التي ذكرها الرافعي ، وحيث
فرقنا بين الحادث والقديم .

فلو اختلفا في عيب هل هو حادث أو قديم ؟ قال الماوردي : ففيه
وجهان من اختلاف أصحابنا في اختلاف العلة فيما اذا ادعى البائع في
غير هذه الصورة الحدوث ، وادعى المشتري القدم ، فالقول قول البائع ،
فمنهم من قال : ان العلة أن الحدوث تعين والتقدم مشكوك فيه ،
فهنا لا يبرأ منه البائع ، ويكون القول قول المشتري — ومنهم من قال :
العلة أن ما أوجب الامضاء أولى ، فالقول هنا قول البائع ، ويمنع
المشتري من الفسخ — وان فرعنا على القول الثالث فلا يبرأ مما علمه
وكتمه ، ولا عما لم يعلمه من العيوب الظاهرة من الحيوان على الأصح ،
ومنهم من اعتبر نفس العلم كما تقدم ، وهما وجهان حكاهما الماوردي ،
هل المراد ما لم يكن معلوما لخفاؤه ؟ وان علمه البائع ؟ أو ما لم
يعلمه لجهله ؟ ومقتضى كلام الروياني نسبة الأول الى المحصلين من
أصحابنا ، وأنه الصحيح ، ونسبة الثاني الى حكاية أبي على في الانصاح
والقاضي أبي حامد في الجامع وأنه غلط ، والروياني قال هذا دفعا
لن زعم أن الحيوان يأتي فيه التفصيل بين المعلوم ، وهو المحكى في

الانفصاح والجامع ، وحيث حكى الوجهين من كلام الماوردي لم يتعرض له ، هل يلحق ما ماحوله في جوفه بالجواز ؟ قيل : نعم لعسر الوقوف .

وقال الأكثرون . منهم الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والقاضي حسين وغيرهم : لا وقال المحاملي انه لا خلاف فيه . وكذلك الروياني قال انه لا خلاف فيه وجماعة حكوا الخلاف كما تقدم . منهم الجرجاني والرازمي وغيرهما لتبدل حال الحيوان . فان العيب الذي به قد يزول بنفسه وبأنه لا يمكن معرفة العيب الذي في باطن الحيوان . وهذا يمكن بادخال عود ونحوه ، وبأن الحيوان يفتدى بالصنعة والسقم فلا يخلو في الغالب عن عيب بخلاف هذا فعلى هذا قال الشيخ أبو حامد : ان (قلنا) بطريقة الاصطخرى كان فيه قولان (وان قلنا) بالطريقة الاخرى لم يصح الشرط خوفا واحدا (قلت) وعذا على الطريقة المشهورة ، ونأتى فيه الطرق المتقدمة .

(فرع) قد اجتمع في الشرط مع العقد ثلاثة أقوال يصحان ويفسدان ، يصح العقد ويفسد الشرط . قال الامام والقاضي حسين قبله : وهذا كاختلاف الأقوال في شرط نفى خيار المجلس والرؤية اذا جوزنا بيع الغائب ، وفيها الأقوال الثلاثة كما وصفناها . وخيار الرد بالعيب خيار شرعى يتضمنه مطلق العقد . كخيار المجلس . وخيار الرؤية (قلت) لكن الأصح في نفى خيار المجلس بطلان العقد (والأصح) هنا صحته عند الامام والرافعي . فيحتاج الى الفرق ، وأما على ما نسبته الماوردي الى الجمهور فلا . قال القاضي حسين : فعلى هذا الترتيب يجتمع في الحيوان أربعة أقوال هذه الثلاثة ورابع وهو التفصيل .

(تنبيه) عرفت بما تقدم أن المذهب فساد الشرط في غير الحيوان وصحته في الحيوان مع التفصيل في البراءة ، فان سقط ذلك في غير الحيوان . قال ابن أبي عسرون : فالشرط والبيع باطلان . وهذا منه كأنه اختيار لقوله : البطلان ، اذا قلنا بفساد الشرط (أما) على القول الذي صححه الرافعي وغيره من أنه اذا فسد الشرط يصح العقد . فينبغي أن يكون كذلك . ولا فرق بين الحيوان وغيره في ذلك اذا قلنا

بفساد الشرط بالحيوان ، وكذلك أطلق صاحب التتمة أن المذهب أن العقد صحيح •

(فرع) لو شرط أن لا يرد المبيع بالعيب القديم والحادث في ضمانه فالقاضي حسين يبطل البيع قولاً واحداً وتبعه المتولى فقال : إذا شرط أن لا يرد عليه إذا وجد به عيباً فالعقد باطل وعلاؤه بأنه منع تصرف في حق ثبت له بمقتضى العقد بخلاف شرط البراءة ، فإنه بشرط البراءة منع ثبوت الحق وخالف الرافعى ما جرى فيه الخلاف وهو أظهر •

وان ما ذكره القاضي في شرط البراءة يمكن أن يقال مثله في شرط عدم الرد ولو اختلفا في شرط مبيع البراءة فادعاه البائع وأنكر المشتري (فإن قلنا) البيع صحيح مع شرط البراءة تحالفاً على الصحيح وقيل : القول قول المشتري مع يمينه لأن الأصل عدم الشرط ، وهو قول القاضي أبى حامد ، ولم يذكر الرويانى في البحر غيره ، وقال : فيحلف أنه لم يعلم ولم يرض •

(وان قلنا) فاسد ، ففي التهذيب أن القول قول البائع بيمينه ، وينبغى أن يخرج على الاختلاف في دعوى الصحة والفساد ، ومن المعلوم الظاهر أنه إذا باع بشرط البراءة من عيب علمه المشتري ورآه أن البيع صحيح ولا أثر للشرط المذكور في هذه الحالة ومن جملة الاطلاق أن يقول له : هذه هي العيوب وأبرئني منها (وإذا قلنا) بالصحيح فقال المشتري : علمت هذا العيب وكتمته • وقال البائع : لم أعلم فالحال قول البائع مع يمينه ، فيحلف بالله ببعته وما علمت به عيباً كتمته ، بدليل حديث عثمان ، قاله في التهذيب •

(فرع) شغف بعض الوراقين في هذا الزمان بأن يجعل بدل شرط البراءة : أعلم البائع المشتري أن بالمبيع جميع العيوب ورضى به ، وظنوا أن ذلك يجوز منهم عن بطلان البيع ، والشرط على بعض الأقوال في شرط البراءة . وهذا جهل لا يجوز فعله ولا يفيد • (أما) أنه لا يجوز فعله لأنه كذب ، لأنه لا يمكن اجتماع جميع العيوب في محل ،

ومنها ما هو متضاد (وأما) أنه لا يفيد ، فلما تقدم أن الصحيح عندنا أنه لا يكفى بالتسمية فيما يمكن معاينته كالزنا والسرقة والاباق ، فذكره مجملا بهذه العبارة كذكر ما يمكن معاينته بالتسمية من غير رؤية ، فقياسه أنه لا يفيد فيه أيضا ، فهذا فعل باطل وشهادة باطلة ، قصدت التحذير عنها لأن كثيرا ما يغيرها ولا يجوز للحاكم الزام المشتري بمقتضى هذا الاقرار للعلم بكذبه وبطلانه ، وإذا وقع ذلك يكون حكمه حكم ما لو شرط البراءة ، فيفسد العقد على أحد القولين ، ويصح على الآخر ، ويبرأ من العيب الباطل المجهول في الحيوان دون غيره .

(فرع) يختم به الباب ، قال النووي في الروضة : قال أصحابنا : إذا انعقد البيع لم يتطرق اليه الفسخ الا بأحد سبعة أسباب : خيار المجلس ، والشرط ، والعيب ، وخلف الشرط المقصود ، والاقالة والتحالف وهلاك المبيع قبل القبض .

(قلت) والتصية لما كانت ملحقة عند الأكثرين بالعيب ، وعند بعضهم بالخلف لم تكن خارجة عن ذلك ، ولكن قد بقى عليه رجوع البائع عند اغلاس المشتري ، وله أن يلحقه بالعيب ، لكن مثل هذا التكلف يقتضى عد العيب والخلف شيئا واحدا ، فالوجه جعل ذلك قسما آخر ، وبقي عليه أيضا الافتراق في الربويات قبل التقابض ، وهو راجع الى هلاك المبيع ، وبقي أيضا تعذر امضاء العقد كما في اختلاط الثمار ، وبيع الصبرة بالصبرة المخالفة لها مكايلة ، كما تقدم على اختلاف فيها .

(وأما) الخيار الحاصل بسبب الاجبار في المراجعة فهو راجع الى العيب لأنه كالعيب في المبيع ، وقد ذكر المصنف في التنبية مسألة الاختلاف في قدم العيب وحدوثه ، وإذا باعه عصيرا أو سلمه ، ولم يذكرهما في المذهب في هذا الباب ، وذكر المسألة الأولى في باب اختلاف المتبايعين ، وسنشرحهما هناك ان شاء الله تعالى بعون الله وتيسيره .

* * *

فهارس الجزء الحادى عشر

من كتاب المجموع

أولا	: الآيات القرآنية
ثانيا	: الأعلام
ثالثا	: الأحاديث والأخبار والآثار
رابعا	: الأشعار الاستشهادية
خامسا	: الأحكام

أولا : الآيات القرآنية

الصفحة

- « أطلع الغيب أم اتخذ عند الرحمن عهدا » ٤٢١
- « أعجاز نخل منقعر » ٣٩
- « إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت » ٣٠١
- « ثمانية أزواج » ٣٧٠
- « فان خفتن ان لا يقيها حدود الله فلا جناح عليهما فيها افتدت به » ٤٥
- « فلا تكل لهما أف » ٢١١
- « كلوا من ثمره اذا اثمر وآتوا حقه يوم حصاده » ١٥٤
- « ثم آتوا الصيام الى الليل » ٤٥
- « واحل لكم ما وراء ذلكم » ٢١٤
- « وما جعل عليكم في الدين من حرج » ١٥٨



ثانيا : الأحاديث والآثار والأخبار

حرف ألف

الصفحة

- أبى ابن عمر أن يحلف وقبل الغلام فباعه بعد ذلك
بألف وخمسمائة درهم ٦٠٨
- أتيت عروة فأخبرته فقال : أروح اليه العشيّة
فأخبره أن عائشة رضى الله عنها أخبرتنى أن
رسول الله ﷺ قضى فى مثل هذا أن الخراج بالضمان
فعلت الى عمر فأخبرته ... الخ ٣٣٩ ، ٤٠٠ ، ٤٠١
- أجل الجارية بها الجذام سنة ٣٢٢
- أحدى المعضلات يا أبا هريرة فقال أبو هريرة
وأحدة تثبتها وثلاث تحرمها ٢١٤
- إذا بعثت نفل : لا خلافة ولك الخيار ثلاثا ٣٢٢ ، ٥٧٠
- إذا حدثتكم عن الله شيئا فخذوا به ، فاننى لن
أكذب على الله ٤٦
- إذا اشتري أحدكم نعجة أو شاة ٢٠٦
- أردت عليها الحج ، قال : ان بخفها نقبا ٢٩٨ ، ٣٠٢
- أرسل الى مولاها أن زوجها قد أبى أن يطلق
فأقبلوا جاريتكم ٣٤٧
- الا لا توطأ حامل حتى تضع ١٤٦
- الا أفرئك كتابا كتبه لى رسول الله ﷺ ؟ قلت :
بلى فأخرج لى كتابا : هذا ما اشتري العداء بن خالد
ابن هوذة من محمد رسول الله ﷺ ، اشتري منه
عبدا أو أمة لا داء ولا خبثة ولا غائلة بيع المسلم
المسلم ٣٠٣
- الامة تباع ولها زوج قضى عثمان أنه عيب ترد به ٥٦٩
- أما لا فلا تبأيعوا حتى يبدؤ صلاح الثمرة
كالشورة يشير بها لكثرة خصومتهم ١١٧
- ان أبا سالم باع غلاما ثمانمائة بالبراءة من كل
آفة فوجد الرجل به عيبا ، فخاصمه الى عثمان

- رضى الله عنه فقال عثمان لابن عمر : احلف وما به
داء تعلمه ، فأبى ابن عمر أن يحلف وقيل الغلام
فباعه بعد ذلك بالف وخمسائة ٦٠٨
- ان حبان بن منقذ كان يخدع في البيع فذكر ذلك
للنبي ﷺ فقال : اذا بعت فقل : لا خلابة ولك
الخيار ثلاثا ٥٧٠
- ان الخراج بالضمان ٢٩٩
- ان بخنها نقبا ٢٩٨ ، ٣٠٢
- ان رجلا من مزينة طلق امراته ثلاثا قبل ان يدخل
بها ، فأتى ابن عباس يسأله وعنده أبو هريرة رضى
الله عنه فقال ابن عباس رضى الله عنه : احدى
المعضلات يا أبا هريرة فقال أبو هريرة رضى الله
عنه : واحدة تثبتها وثلاث تحرمها ، فقال
ابن عباس : زينتها يا أبا هريرة ، او قال :
نورتها او كلمة تشبهها - يعنى أصاب ٢١٤
- ان لريكى باعك ابلا هيبا ولم يعرفك قال :
فاستقيا اذن فلما ذهب ليستأثها قال ابن عمر :
دعها رضىنا بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى ٣١٠
- ان شاء ردها وصاعا من تمر وكان بها احتلب
من لبنها ٢٤٩
- ان شئت كسروا فما وجدوا سدا ردوه ٥١٦
- ان صدقا وينا بورك لهما في بيعهما ، وان كذبا
وكتما محقت بركة بيعهما ٢٠٣
- ان النبي ﷺ أنشد قول الأعرابي حين حرم عليه
بعض ملوك الجاهلية ثمرة نخلة له :
جذدت جنى نخلتى ظالما وكان الثمار لمن قد أبرأ
فقال النبي ﷺ : وكان الثمار لمن قد أبرأ ٣١
- ان عثمان قضى بأنه عيب ترد منه ٥٦٩
- أنما ظننت ظنا فلا تؤاخذونى بالظن ، ولكن اذا
حدثكم عن الله تعالى شيئا فخذوا به فاننى لن
أكذب على الله تعالى ٥٢٠
- أى الرقاب أفضل ؟ قال : أعلاها ثمنا وأنفسها
عند أهلها ٥٢٠
- أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ٤٦

حرف الجاء

المنحة

- ١٤٩ بدو الصلاح في الثمر بطلوع الثريا
أبصر النبي ﷺ الناس يلحقون فقال : ما للناس ؟
قالوا : يلحقون . فقال : لا لقاح او لا ادرى اللقاح
شيئا ، فقال : تركوا اللقاح فخرج ثمر الناس شيئا
فقال النبي ﷺ : ما شأنه ؟ قالوا : كنت نهيت عن
اللقاح فقال : ما انا بزارع ولا صاحب نخل لقحوا
٤٦ بعثت بالحنيفية السمحة
١٥٩ باع رجل على عهد رسول الله ﷺ حائطا مئمرًا
ولم يشترط المبتاع الثمر ولم يستثن البائع ولم يذكره
فلما ثبت البيع اختلفا في الثمر واحتكما منه الى
النبي ﷺ فمضى بالثمر للذي لقح النخل — البائع ٣٠
ابتاع رجل غلاما فاقام عنده ما شاء الله أن يقيم به
ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي ﷺ ورده عليه
فقال الرجل : يا رسول الله .. قد استقل غلامي
٣٩٨ فقال رسول الله ﷺ : الخراج بالضمآن
باع عبد الله بن عمر غلاما بثمانمائة بالبراءة
من كل آفة فوجد الرجل به عيبا فخاصمه الى
عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر رضي الله
عنه : احلف لقد بعته وما به داء تعلمه ، فابى
ابن عمر أن يحلف ، وقيل الغلام فباعه بعد ذلك
٦٠٨ بالف وخمسمائة
٣٠٢ بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبيثة ولا غائلة
بايعت رسول الله ﷺ على اقامة الصلاة وايتاء
٣٠٣ الزكاة والنصح لكل مسلم
البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، فان صدقا وبينا
بورك لهما في بيعهما وان كذبا وكتما محقت بركة
٣٠٣ بيعهما
المتبايعان بالخيار وان تفرقا بعد أن تباعا ولم
يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع ٣٣١
بيع المحفلات خلافة ولا تحل الخلافة لمسلم ٢٢٩
ابتعت غلاما فاستغليته ثم ظهرت منه عيب
فخاصمته فيه الى عمر بن عبد العزيز فمضى له
برده ، وقضى على برده غلته ، فأتيت عروة

فأخبرته ، فقال : أروح اليه المشية فأخبره ان عائشة رضي الله عنها أخبرتنى ان رسول الله ﷺ « قضى في مثل هذا ان الخراج بالضمان » فعجلت الى عمر فأخبرته ما أخبرنى عروة ، فقال عمر : فما أيسر على من قضاء قضيته الله يعلم انى لم ار فيه الا الحق ، فبلغنى فيه بسنة عن رسول الله ﷺ فراح اليه عروة فقضى له ان آخذ الخراج من الذى قضى به على له

٣٩٩ ، ٤٠٠ ، ٤٠١

ابتاع عبد الرحمن بن عوف جارية فتقيل له : ان لها زوجا فأرسل الى زوجها فقال له : طلقها ، فأبى فجعل له مائتين فأبى فجعل له خمسمائة فأبى ، فأرسل الى مولاه أنه قد أبى أن يطلق فاقبلوا جارىتكم

٣٤٧

٣٠٢

بين لك ما فيها
يتبايعون الثمار فاذا جذ الناس وحضر تقاضيه
قال المبتاع : انه اصاب الثمر الزمان

١١٧

حرف التاء

٤٦

٢٣٣

تركوا اللقاح فخرج ثمر الناس شبيها
ثمر او شمير

حرف التاء

٣٠

٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢

٣٢٠

٢٢ ، ٢٣ ، ٢٨

٥٢

٥٢٠

ثبت البيع
ثلاثة أيام زمن الخيار
ثلاث ليال عهد الرقيق
ثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع
ثمناها أعلى وانفسها عند أهلها
ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبی ﷺ ورد عليه
فقال الرجل : يا رسول الله .. قد استغل غلامي
فقال رسول الله ﷺ : الخراج بالضمان

٣٩٨

حرف الجيم

جاء نواس الى ابن عمر فقال : ان شريكى
باعك ابلا هيمما

٣١٠

- جاريه لم يطلقها زوجها فقال له : طلقها فأبى
فجعل له مائتين فأبى فجعل له خمسمائة فأبى فأرسل
إلى مولاها أنه قد أبى فاقبلوا جاريتمكم ٣٤٧
فجعله النبي ﷺ بالخيار فيما يبتاع ثلاثا فنرد عليه
دراهمه ويأخذ سلعته ٣٤٧ ، ٥٧٠
فجعل له مائتين فأبى فجعل خمسمائة فأبى . الخ ٣٤٧

حرف الحاء

- حبان بن منقذ رضى الله عنه كان يخدع في البيوع
فجعل النبي ﷺ له الخيار ثلاثا ان شاء اخذ وان
شاء رد ٣٢
حتى يبلغ الكتاب أجله ٢١٣
احتكها منه إلى النبي ﷺ فتضى بالنهر للذى
لقح النخل ٣٠
يحبها وان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا
من تمر بها احتلب منها ٢٠٧ ، ٢٤٩
يخلف ما كان به داء علمته وقد رأى ابن عمر
التبري، يبرئه ما علم وما لم يعلم ٦٠٨
ليجبال أحدكما صاحبه ٦١٧
يحمل نخل انس بن مالك في السنة مرتين ١٨٢

حرف الخاء

- أخبر نواس أنه باعها من شيخ كذا وكذا
فقال له : ويلك . . فجاء نواس أنه باعها ٣١٠
أخبرتني عائشة رضى الله عنها أن رسول الله ﷺ
تضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان
خذ سلعتك ورد دراهمى فيقول :
لا أفعل . . الخ ٣٢٢ ، ٥٧٠
الخراج بالضمان = أخبرتني عائشة ٣٩٩ ، ٤٠٠ ، ٤٠١
خرج ثمر الناس شيصا ٤٦
الخصومة في ذلك كثرت عنده فقال ﷺ : أما لا
نلا تبايعوا حتى يبدو صلاح الثمرة كالشورة يشير
بها لكثرة خصومهم ١١٧
تخاصما عند النبي ﷺ في موارث درسست
فقال ﷺ : اسها واوجبا ليطل أحدكما صاحبه ٦١٧

خاصمه الى النبي ﷺ ورد عليه فقال الرجل :
يا رسول الله قد استقل غلامى فقال ﷺ : الخراج
بالضمان
الخيار ثلاثة ايام
٣٩٨
٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٣٢٢

حرف الدال

أدخل يده فيه فقال : لعلك عشتت من غشنا
فليس منا
٣٠٢ ، ٣٠٣
أدركنى وائلة وهو يجر رداء فقال : يا عبد الله
اشتريت ؟ قلت : نعم قال : بين لك ما فيها ؟
٣٠٢
دراهمه ترد عليه
٣٢٢ ، ٥٧٠
دعها رضيها بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى
٣١٠
الدين النصيحة
٣٠٣ ، ٣٠٧

حرف الذال

ذكر للنبي ﷺ أن حبان بن منقذ كان يخدع في
البيع فقال : اذا بيعت فقل : لا خلافة ولك الخيار
ثلاثا
٣٢٢ ، ٥٧٠

حرف الراء

رايت رسول الله ﷺ مر بجنبات رجل عنده طعام
في وعاء فادخل يده فيه فقال : لعلك غشتت من
غشنا فليس منا
٣٠٣
ارابت ان منع الله تعالى الثمرة ثم يأخذ
١١٧ ، ١١٨ ، ١٢٢
احدكم مال أخيه
١٤٥

اردهه فانك قد غبتت أو غشتت فيرجع الى
بيعه فيقول : خذ سلعتك ورد دراهمى فيقول :
لا لا أنعل قد رضيت فذهبت حتى يمر الرجل من
أصحاب النبي ﷺ فيقول : ان رسول الله ﷺ قد
جعل بالخيار فيما يتاع ثلاثا فترد عليه دراهمه
ويأخذ سلعته
٣٢٢ ، ٥٧٠

- ٥٧٠ رد على دراهمي وخذ سلعتك
٣١٠ رضينا بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى
٣١٢ رده عليه بالمعيب

حرف الزاي

- زينتها يا ابا هريرة او قال : نورتها او كلمة
٢١٤ تشسبها

حرف السين

- ٢١٤ سال رجل ابن عباس وعنده ابو هريرة
٦٢٢ ست ركعات في كل ركعة ست سجادات
٢١٠ سقاه الله تعالى واطعمه
٥٧٠ سلعتك خذها ورد دراهمي
استقنا اذن فلها ذهب ليستاقها قال ابن عمر :
٣١٠ دعها رضينا بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى

حرف المشين

- اشترى عبد الرحمن بن عوف من عاصم بن عدى
٥٦٩ جارية فأخبر أن لها زوجا فردها
اشترى ابن عمر ابلاهيما من شريك لرجل يقال
له نواس من أهل مكة فأخبر نواس أنه باعهما من
شيخ كذا وكذا ، فقال له : ويلك .. فجاء نواس
الى ابن عمر فقال : ان شريكي باعك ابلاهيما ولم
يعرفك قال : فاستقها اذن فلها ذهب ليستاقها قال
٣١٠ ابن عمر : رضينا بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى
اشترى عمرو بن حريث الصحابي من اعرابي
بيضا من بيض النعام اربعا او خمسا فلما وضعهن
بين يدي عمرو بن حريث كسر واحدة فاذا هي
فاسدة ثم ثانية ثم ثالثة حتى تتابع منهن فاسدات
فطلب الاعرابي يخاصمه الى شريح فقال شريح :
اما ما كسر فهو ضامن له بالثمن الذي اخذه به واما
ما بقي فانت يا اعرابي بالخيار ان شئت كسرا
٥١٦ فما وجدوا فاسدا ردوه

اشتريت ؟ قلت : نعم قال : بين لك ما فيها ؟
اشترى حبان فرجع الى اهله فيقولون له :
ارده فانك قد غبتت او غششت فيرجع الى بيعه
فيقول : خذ سلعتك ورد دراهمي فيقول : لا افعل
قد رضيت فذهبت به حتى يمر الرجل من اصحاب
النبي ﷺ فيقول : ان رسول الله ﷺ قد جعله
بالخيار فيها يحتاج ثلاثا فتد عليه دراهمه ويأخذ
سلعته

٥٧٠

اشترت ناقة من دار وائلة بن الاسقع ، فلما
خرجت بها ادركنا عقبة بن عامر فقال : هل بينك
ما فيها ؟ قلت : وما فيها انها لسمينة

٢٩٨ ، ٣٠٢

حرف الصاد

الصلاح في الثمر بطلوع الثريا
صلى على بن ابي طالب رضى الله عنه انه صلى
في ليلة ست ركعات في كل ركعة ست سجعات
صاعا من تمر وكان بما احتلب من لبنها
صاعا من تمر او صاعا من شعير
صاعا من تمر المدينة
صاعا من طعام او صاعا من تمر
صاعا من تمر والرهن مركوب ومطلوب

١٤٩

٦٢٢

٢٤٩

٢٠٢ ، ٢٣٣

٢٣٥

١٩٨

١٩٧

حرف الطاء

اطعمه الله وسقاه
طلب الاعرابي يخاصه الى شريح فقال شريح :
اما ما كسر فهو ضامن له بالثمن الذي اخذه به
واما ما بقي فانت يا اعرابي بالخيار ان شئت كسروا
فما وجدوا فاسدا ردوه

٢١٠

٥٧٠

طلق رجل من مزينة امراته ثلاثا قبل ان يدخل
بها فأتى ابن عباس يسأله وعنده ابو هريرة فقال
ابن عباس : احدى العضلات يا ابا هريرة فقال
ابو هريرة : واحدة تثبتها وثلاث تحرمها فقال
ابن عباس : زينتها يا ابا هريرة او قال : نورتها ،
او كلمة تشبهها ... يعنى اصاب

٢١٤

١١٥

طلوع الثريا

٦٤٩

حرف الميم

٥٢. اعلاها ثمننا وانفسها عند اهلها
٣٢٠ عهد الرقيق ثلاث ليال
٥٦٩ عيب ترد به الجارية زواجها

حرف الفاء

٥٢. افضل الرقاب اعلاها ثمننا وانفسها عند اهلها
فلما ثبت البيع اختلفنا في انتمن واحتكنا فيه الى
النبي ﷺ فمضى بانتهر للذى لقح الفحل - البائع ٣٠
فلما خرجت بها ادركنى واتته وهو يجرد رداءه
فقال : يا عبد الله استعريت ا قتلت : نعم قال :
بين لك ما فيها ؟
٣٠٢ فهو بالخيار ثلاثة ايام
٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢

حرف القاف

- قبل عبد الله بن عمر الغلام فباعه بعد ذلك
٦٠٨ بالف وخمسائة
٣٤٧ اقبلوا جاريتكم قد ابى ان يطلق
قد جعله ﷺ بالخيار فيما يبتاع ثلاثا فترد عليه
٥٧٠ دراهمه ويأخذ سلطته
٣٤٧ قد ابى جاريتكم ان يطلق
٢٩٩ قضى النبي ﷺ ان الخراج بالضمان
٤٠١ ، ٤٠٠ ، ٣٩٩ قضى له ان اخذ الخراج من الذى قضى به على له
٥٦٩ قضى عثمان انه عيب ترد منه
قضى عثمان على ابن عمر بان يحلف ما كان به
داء علمته وقد راي ابن عمر ان التبرى تبرئه مما علم
٦٠٨ وما لم يعلم
قضى في مثل هذا ان الخراج بالضمان فجعلت
الى فأكبرته ما أخبرنى عروة فقال عمر : فما أيسر
على من قضاء قضيته ، الله يعلم انى لم ار فيه الا
الحق ، فبلغنى فيه بسنة عن رسول الله ﷺ فراح
اليه عروة فمضى له ان اخذ الخراج من الذى قضى
٣٩٩ ، ٤٠٠ ، ٤٠١ به على له

- قال : ما للناس ؟ قالوا : يلتحون فقال : اولا
أدرى اللقاح شيئا فقال : تركوا اللقاح فخرج ثمر
الناس شيئا فقال النبي ﷺ : ما شأنه قالوا :
كنت نهيت عن اللقاح فقال : ما أنا مزارع
ولا صاحب نخل لحقوا {٦
قال ﷺ لرجلين تخاصما عنده في مواريث درست
أسهما وأوجبا ليحلل أحدهما صاحبه ٦١٧
قيل : وما تشقح قال : تحمار وتصفر ويؤكل منها ١٤٩
قلت لعبد الله : متى ذلك ؟ قال : طلوع الثريا ١١٥
قال المبتاع : انه أصاب الثمر الزمان أصابه
مراض أصابه قشام عاهات يحتجون بها فقال ﷺ
لما كثرت عنده الخصومة : اما لا فلا يتابعوا
حتى يبدو الصلاح ١١٧

حرف الكاف

- كسروا واحدة فاذا هي فاسدة ثم ثانية ثم ثالثة
حتى تتابع منها فاسدات ٥١٦
كل شرط ليس هو في كتاب الله فهو باطل ٦١٧
كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد ٣٠٨
وكان الثمار لمن قد أبرأ ٢١
كان حبان بن منقذ اذا اشترى فرجع الى اهله
فيقولون له : اردده فانك قد غيبت او غششت
فيرجع الى بيعة فيقول : خذ سلعتك ورد دراهمي
فيقول : لا افعل ، قد رضيت فذهبت به حتى يمر
الرجل من أصحاب النبي ﷺ فيقول : ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قد جعله بالخيار فيما بيننا
ثلاثا فترد عليه دراهمه وتأخذ سلعته ٣٢٢ ، ٥٧٠
كان شعر النبي ﷺ شعرا رجلا ليس بالجمد
القطط ولا بالسبط ، كان جسدا رجلا ٢٨٥
كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يتابعون
التمار ، فاذا جد الناس وحضر تقاضيمهم قال
المبتاع : انه أصاب الثمر الزمان أصابه مراض
أصابه قشام عاهات يحتجون بها فقال رسول الله ﷺ

- لما كثرت عنده الخصومة في ذلك : اما لا تبايعوا
حتى يبدو صلاح الثمرة كالمشورة يشير بها لكثرة
خصومتهم ١١٧
كان نخل انس بن مالك رضى الله عنه تحمل في
السنة مرتين في السنة بدعوة النبي ﷺ له ١٨٢
كنت نهيت عن اللقاح فقال : ما انا بزارع ولا
صاحب نخل ، لقحوا ٤٦

حرف اللام

- لعلك غششت من غشنا فليس منا ٣٠٣
لقحوا ، ما انا بزارع ولا صاحب نخل ٤٦
لما كثرت الخصومة في ذلك قال ﷺ : اما لا
فلا تبايعوا حتى يبدو صلاح الثمرة كالمشورة يشير
بها لكثرة خصومتهم ١١٧
لما نزلت « انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس
اهل البيت » فقال وائل بن الأسقع : وانا من اهلك
فقال . وانت من اهلى . قال : فهذا ارجى ما ارجى ٣٠١
لم يزل في مقت الله ونم تزل الملائكة تلغنه ٣٠٢
لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ٣٠٦

حرف الميم

- ما ادركت الصفة حيا مجبوعا فمن البتاع ٣٢٢
ما انا بزارع ولا صاحب نخل ، لقحوا ٤٦
ما للناس ؟ قالوا : يلحقون ، فقال : لا لقاح
او لا ادرى اللقاح شيئا ، فقال : تركوا اللقاح
فخرج ثمر الناس شيئا فقال النبي ﷺ : ما شأنه ؟
قالوا : كنت نهيت عن اللقاح فقال : ما انا بزارع
ولا صاحب نخل ، لقحوا ٤٦
ما هذا يا صاحب الطعام ؟ قال : أصابته
السوء . . . الخ ٣٠٢
مثل لبنها قمحا ٢٤٦
مر بجنبات رجل عنده طعام في وعاء فادخل يده
فيه ، فقال : لعلك غششت من غشنا فليس منا ٣٠٦

- مر النبي ﷺ على صبرة طعام فادخل يده فيها
فناثت أصابعه بلالا فقال : ما هذا يا صاحب
الطعام؟ قال : أصابته السماء يا رسول الله قال :
أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس ، من
غش فليس مني ٣٠٢
- المسلم أخو المسلم ، فلا يخل لمسلم باع من أخيه
بيعا يعلم فيه عيبا الا بينه له ٢٩٨ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠
- امكئ في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله ٢١٣
من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام فان ردها
رد معها مثل أو مثلى لبنها تمحا ١٩٤ ، ١٩٥
- من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن
يشترط المبتاع ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٨
٥٢
- من ابتاع مصراة فهو بخير النظرين.بعد أن يحلبها
ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر ٢٠٧
- من باع عيبا ولم يبينه لم يزل في مقت الله ولم
تزل الملائكة تلعنه ٣٠٣
- من اشترى شاة مصراة ٢٠٥
من اشترى شاة محفلة فردها فليردها ومعها
صاع ١٩٨
- من غش فليس مني ٣٠٢
- من غشنا فليس منا ٣٠٣
- المؤمنون عند شروطهم ٦١٧

حرف التون

- نهى النبي ﷺ أن تتلقى الأجلاب وأن يبيع حاضر
لباد ، ومن اشترى مصراة فهو بخير النظرين ، فان
حلبها ورضيها أمسكها ، وان ردها رد معها صاعا
من طعام أو صاعا من تمر ١٩٨
- نهى النبي ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ١١٥
نهى النبي ﷺ عن بيع الحب حتى يشتد وعن
بيع العنب حتى يسود وعن الثمرة حتى ترهق ١٣٣ ، ١٤٨
- نهى النبي ﷺ عن بيع الثمرة حتى تطعم ١٤٨ ، ١٤٩

- نهى النبي ﷺ عن السنبل حتى يبيض ويأمن
 ١٣٣ العاهة
- نهى النبي ﷺ عن بيع النخل حتى يزهر وعن
 ١٤٩ السنبل حتى يبيض
- نهى النبي ﷺ عن بيع الثمار حتى تنجو من
 ١١٦ العاهة
- نهى النبي ﷺ عن بيع ثمرة النخل حتى ترهى
 ١١٥ والسنبل والزرع حتى يبيض ويأمن العاهة
- نهى النبي ﷺ عن بيع الثمرة حتى تطيب
 ١٤٩ ، ١٩٢
- نهى النبي ﷺ أن تباع الثمرة حتى يشقق ، قيل :
 وما يشقق يا رسول الله ؟ قال : تصمار وتصغار
 ١١٦ ويؤكل منها
- نهى النبي ﷺ عن بيع نعنب حتى يسود
 ١١٦ وعن بيع الحب حتى يشتد
- نهى عن بيع المحفلات خلابة ولا تحلل الخلابة
 ٢٢٩ لمسلم
- نهى النبي ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه
 أو يؤكل ، وحتى يوزن ، قالت : قلت : ما يوزن
 ١١٦ فقال رجل عنده : حتى يحرز
- نهى رسول الله ﷺ عن النجس والتصرية
 ٢٠١ نورتها يا أبا هريرة أو كلمة تشبهها — يعنى
 ٢١٤ أصاب

حرف الهاء

- هذا أرجى ما ارتجى
 ٣٠١ هذا ما اشترى محمد رسول الله ﷺ من العداء
- ابن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبطة ولا غائلة
 ٣٠٢ هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوزة من
 محمد رسول الله ﷺ اشترى منه عبدا أو أمة لا داء
 ٣٠٣ ولا غائلة ولا خبطة بيع المسلم المسلم
- عل بن لك ما فيها ؟ قلت : وما فيها انها لسيئة
 ظاعرة الصحة ، فقال : أردت بها سفرا أم أردت
 بها حجا قلت : أريد عليها الحج ، قال : ان يخفها

نقبا ، قال صاحبها : أصلحك الله ما تريد الى هذا
هو على ما قال : انى سمعت رسول الله ﷺ يقول :
لا يحل لأحد يبيع شيئا الا بين ما فيه ولا يحل لمن
يعلم ذلك الا بينه

٣٠٢ ، ٢٩٨

حرف «لا»

لا يبيع حاضر لباد ، ولا تلقوا السلع بأيسر
الطرق ، ولا تناجشوا ولا يسم الرجل على سوم
أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يرد ،
ولا تسال المرأة طلاق أختها لتكتفى ما فى صحتها
فانما لها ما كتب ، ولا تبيعوا المرأة من الأبل
والغنم ممن اشتراها فهو بالخيار ان شاء ردها
وصاعا من تمر ، والرهن مركوب ومطلوب
لا تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها ولا تتبايعوا
الثمر بالثمر

١٩٧

١١٦

لا تباع الثمرة حتى تشقق فقليل : وما تشقق ؟
قال : تحمار وتصفار ويؤكل منها

١٤٩

لا جلب ولا جنب ولا امراض ولا يبيع حاضر
لباد ، ولا تصروا الأبل والغنم ممن ابتاعها بعد ذلك
فهو اذا حلبها بخير النظرين ان رضىها أمسكها
وان سخطها ردها وصاعا من تمر

١٩٨

لا يحل لأحد يبيع شيئا الا بين ما فيه ولا يحل
لمن يعلم ذلك الا بينه

٣٠٢ ، ٢٩٨

٢٩٩

لا تحل الخلاصة لمسلم
لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا يعلم فيه عيبا
الا بينه له

٢٩٨ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠

٥٧٠

لا خلاصة ولك الخيار ثلاثا قلها اذا ابتعت
لا تصروا الأبل والغنم ممن ابتاعها بعد ذلك فهو
اذا حلبها بخير النظرين ان رضىها أمسكها وان
سخطها ردها وصاعا من تمر

١٩٨

٥٧٢

لا ضرر ولا ضرار
لا تصروا الأبل والغنم للبيع ممن ابتاعها بعد
ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثا ، ان

رضيها أمسكها ، وان سخطها ردها وصاعا بن	
تمر لا سمراء	١٩٤ ، ١٩٥
لا توطأ حامل حتى تضع	١٤٦

حرف الياء

يا رسول الله قد استفل غلامى فقال رسول الله	
صلى الله عليه وسلم : الخراج بالضمان	٣٩٨
يا عبد الله اشتريت ؟ قلت : نعم ، قال : بين لك	
ما فيها ؟	٣٠٢
يا أبا هريرة زينتها أو نورتها أو كلمة تشبهها	
يعنى أصاب	٢١٤



ثالثا : الأشعار الاستشهادية

المسحة

٢١

* وهو سر غلب لم غلب *

الأعشى

* * *

جذدت جنى نخلتى ظالمسا وكان الثمار لمن قد أبرأ
أعرابى

* * *

تأبدى يا خيرة العسل تأبدى من جيد نسل
إذا من أهل النخل بالبحول
شامر

* * *

فقلت لقوى هذه صدقاتكم مصرة أخلافها لم تجدد
مالك بن نويرة

* * *

وقلت : خذوا أموالكم غير خائف ولا ناظر فيما يجرى من الفد
فإن قام بالأمر المخوف قائم منعنا وقتلنا الدين دين محمد
مالك بن نويرة

* * *

يارب ماء صرى وردته سبيله قائم حدث
عبيد

* * *

* يخفى الباز إذا الياز كسر *
العجاج

* * *

إذا حسنى اللانى اذل بها صارت نوبى فقل لى كيف اعتذر
البحترى

* * *

رابعاً : فهرس الأعلام

الصفحة

- ابن عثمان ٣٢٠
 ابراهيم بن أحمد = أبو اسحاق المروزي
 ابراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم بن علي بن محمد = ابن أبي الدم
 ابراهيم بن علي بن يوسف = أبو اسحاق الشبرازي
 الأبيوردى أبو يعقوب ١٧٧
 ابن الأثير (علي بن محمد بن عبد الكريم الجزري) ١٩٨
 أبو بكر أحمد بن اسماعيل = أبو بكر الاسماعيلي ١٩٨ ، ٢٣٦
 أحمد بن بشر بن عامر = القاضي أبو حاتم المروزي ٧٣ ، ١٠٧ ،
 ١٤٢ ، ١٥٩ ، ١٦٠ ، ١٦٩ ، ٢١٩ ، ٢٢٢ ، ٢٤٦ ، ٢٩٢ ، ٢٩٨ ، ٣١٨ ،
 ٣١٩ ، ٣٢٢ ، ٣٢٣ ، ٣٣٣ ، ٣٣٤ ، ٤١٤ ، ٤١٥ ، ٦٢٦ ،
 ٢٦٨
 أحمد بن حنبل الشيباني امام الأئمة ٣١ ، ١٠٥ ، ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٤٥ ،
 ١٤٨ ، ١٦٦ ، ٢٠٧ ، ٣٠٠ ، ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٣٢٣ ، ٣٦٢ ،
 ٣٧٦ ، ٣٨٠ ، ٤٠٣ ، ٤١٨ ، ٤٣٨ ، ٤٤٧ ، ٤٥١ ، ٥٠٥ ،
 ٥١٨ ، ٥١٩ ، ٥٥٣ ، ٥٧١ ، ٥٧٢ ، ٥٧٧ ، ٥٩٤ ، ٦١٠ ،
 ٦١٨
 أحمد بن محمد أبو العباس الجرجاني صاحب المعاليه =
 الجرجاني ،
 الأزدي (عبد الله بن سليمان بن الأشعث بن أبي داود أبوه
 صاحب السنن السجستاني) ٣٩٩
 الأزهرى (محمد بن أحمد صاحب الزاهر فى غريب مختصر المزنى)
 ٨٠ ، ٢٠١ ، ٣٠٢ ، ٤٠٠ ، ٤٠١ ،
 أبو اسحاق المروزي (ابراهيم بن أحمد) ٣ ، ٤٠٣ ، ٨٠٠ ،
 ١٥ ، ١٦ ، ٣١ ، ٣٢ ، ٤١ ، ٤٣ ، ٥٠ ، ٥٣ ، ٥٨ ، ٧٢ ، ٧٤ ، ٨٢ ،
 ٩٢ ، ٩٤ ، ٩٥ ، ١٠٨ ، ١١٠ ، ١١١ ، ١١٢ ، ١١٤ ، ١٧٣ ،
 ١٨٠ ، ١٩٦ ، ٢٥٥ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٥٨ ، ٢٥٩ ، ٢٦٠ ،
 ٢٦١ ، ٢٦٢ ، ٢٦٥ ، ٢٦٦ ، ٢٦٩ ، ٣١٤ ، ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، ٣٢٦ ،
 ٣٢٨ ، ٣٢٩ ، ٣٥٣ ، ٣٦٣ ، ٣٧٨ ، ٣٨٧ ، ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٣٩٢ ،
 ٤٠٢ ، ٤٨٢ ، ٤٨٣ ، ٤٨٤ ، ٤٩١ ، ٥٠٦ ، ٥٠٧ ، ٥١٦ ، ٥١٧ ، ٥٢٢ ،
 ٥٢٤ ، ٥٢٥ ، ٥٢٩ ، ٥٣٠ ، ٥٣٢ ، ٥٣٤ ، ٥٣٥ ، ٥٣٧ ، ٥٣٨ ، ٥٣٩ ،
 ٥٤٠ ، ٥٤٣ ، ٥٧٩ ، ٥٩٩ ، ٦٠٠ ، ٦٠١ ، ٦٠٢ ، ٦٠٥ ، ٦١١ ،
 اسحاق بن راهويه (هو اسحاق بن ابراهيم بن راهويه الحنظلى .
 ١٥ ، ١٢٠ ، ٢٠٧ ، ٤٢٩ ، ٥٥٣ ، ٥٥٦ ، ٦١٠ ،
 أبو اسحاق الشيباني ١٣٣

المنحة

أبو اسحاق الثميرازي (هو ابراهيم بن علي بن يوسف صاحب المذهب والتنبه واللمع وغيرها) ٤٧ ، ٤٩ ، ٦٥ ، ٨٤ ، ١٢٦ ، ١٣٠ ، ١٣٥ ، ١٨٤ ، ٢٢٥ ، ٢٤٧ ، ٢٧٥ ، ٢٧٧ ، ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ٣٠٥ ، ٣٠٧ ، ٣٠٩ ، ٤٦٨ ، ٤٩٢ ، ٥٢٦ ، ٦٢٥
 أبو اسحاق المراتي = المراتي
 الاسفراييني = الشيخ أبو حامد
 الاسماعيل = أبو بكر أحمد بن اسماعيل
 اسماعيل بن أبي أوبس بن أبي عامر (الأصبحي ختن الامام مالك) ٦٢٣
 اسماعيل بن جعفر ١١٨
 اسماعيل بن مسلم ١٩٨
 اشعث بن سوار ٦٠٩
 الأشعري (أبو الحسن علي بن اسماعيل) ٣٠
 اشهب (هو عبد العزيز بن داود صاحب مالك) ٢٠٧ ، ٢٠٨
 الاصطخري (أبو سعيد الحسن بن أحمد بن يزيد) ٢٧٥ ، ٢٧٦ ، ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ٦٠٧
 الأصمعي (عبد الملك بن قريب) ٢٠٢ ، ٣٠٢
 الأعرج (عبد الرحمن بن هرمز التابعي رضي الله عنه) ١٩٤ ، ٢٠٦
 امام الحرمين = الجويني
 ابن الأنباري (أبو بكر محمد بن القاسم بن محمد بن بشار
 الأنباري النحوي الأديب) ٣٠
 أنس بن مالك رضي الله عنه خادم النبي ﷺ ١١٥ ، ١١٦ ، ١١٧ ، ١٦٨ ، ١١٩ ، ١٤٨ ، ١٤٩ ، ١٥٠ ، ١٨٢ ، ١٩٨ ، ٢٠٧
 الأوزاعي (أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو) ٣٢ ، ٣٠٦
 أيوب بن أبي تميمة السختياني ٢٠٥ ، ٢٠٦
 أيوب بن سويد ٢٠٢

حرف الباء

الباجي أبو الوليد المالكي ٥٩٦ ، ٦٢٣
 ابن باطيش (اسماعيل بن هبة الله بن سعيد) ١٠٤
 البجلي = جرير بن عبد الله البجلي رضي الله عنه
 البحتري (الوليد بن عبيد الشاعر) ٢١٦
 البخاري (أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة
 الجعفي صاحب الجامع الصحيح رضي الله عنه) ٢٣ ، ١١٥ ، ١١٦ ، ١١٧ ، ١٤٩ ، ١٩٤ ، ١٩٥ ، ١٩٦ ، ١٩٧ ، ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢١٤ ، ٢٣٦ ، ٢٧٥ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠ ، ٣٠١ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣١٠ ، ٣٣١ ، ٣٩٩ ، ٤٠٠ ، ٥٢٠
 ابن البردي ١٤٩
 ابن البردي ٧٨
 البرقاني (أبو بكر أحمد بن محمد بن أحمد) ١٩٩
 البغوي = صاحب التهذيب (الحسين بن مسعود الفراء) ١٢ ، ١٣ ، ٢٤ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٦٦ ، ٦٩ ، ٧٥ ، ٧٨ ، ٧٩ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٤

٨٥ ، ٨٧ ، ٨٨ ، ٩٠ ، ١١٣ ، ١٣٧ ، ١٤٧ ، ١٥٣ ، ١٨٨ ، ١٨٩ ،
 ٢١٦ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، ٢٣٥ ، ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٥ ،
 ٢٤٦ ، ٢٤٩ ، ٢٧٠ ، ٢٧٤ ، ٢٨٤ ، ٢٨٩ ، ٢٩٤ ، ٢٩٥ ،
 ٢٩٦ ، ٢٩٧ ، ٢٩٨ ، ٣٠١ ، ٣٢٤ ، ٣٢٥ ، ٣٢٦ ، ٣٣٥ ، ٣٣٨ ، ٣٣٩ ،
 ٣٥٠ ، ٣٥٨ ، ٣٦٢ ، ٣٦٤ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٣٩٥ ، ٣٩٦ ، ٣٩٧ ، ٣٩٨ ،
 ٤١٦ ، ٤١٩ ، ٤٢٠ ، ٤٢٢ ، ٤٢٧ ، ٤٤١ ، ٤٤٣ ، ٤٤٤ ، ٤٤٨ ، ٤٥٣ ،
 ٤٥٤ ، ٤٥٥ ، ٤٦٢ ، ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، ٤٨٤ ، ٤٨٨ ، ٤٩١ ، ٤٩٦ ، ٥٠٥ ،
 ٥٠٦ ، ٥٠٨ ، ٥٠٩ ، ٥١٠ ، ٥١٣ ، ٥٢٠ ، ٥٢٥ ، ٥٣٠ ، ٥٣١ ، ٥٣٢ ،
 ٥٣٤ ، ٥٣٩ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ ، ٥٤٤ ، ٥٤٥ ، ٥٤٩ ، ٥٥٠ ، ٥٥٢ ، ٥٥٨ ،
 ٥٦٣ ، ٥٦٧ ، ٥٦٨ ، ٥٧٠ ، ٥٧٣ ، ٥٧٥ ، ٥٨٥ ، ٥٨٨ ، ٥٩١ ، ٥٩٨ ،
 ٦٠٢ ، ٦١٦ ، ٦٢٥ ، ٦٢٨

أبو بكر بن داود = ابن داود

البنديجي (محمد بن حمد بن خلف أبو بكر صاحب النخيرة) ٧ ،
 ٧٢ ، ٧٧ ، ١٣٠ ، ١٣٢ ، ١٥٩ ، ١٨٦ ، ٢٢٠ ، ٢٣٤ ، ٢٥٤ ، ٢٥٦ ،
 ٢٥٧ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، ٢٧٣ ، ٣٣٣ ، ٤٥٧ ، ٤٩١ ، ٥٨٣ ، ٦٢٠ ، ٦٢١ ،
 البويطي (أبو يعقوب يوسف بن يحيى) ١٦ ، ٣١ ، ٣٨ ،
 ٤٢٠ ، ٧٦ ، ٧٧ ، ١٦٠ ، ٣١٦ ، ٣٦٧ ، ٣٧٢ ، ٣٧٣ ، ٣٧٥ ، ٣٧٦ ،
 ٣٧٧ ، ٣٨٢ ، ٣٨٣ ، ٤٥٢ ، ٥٢٥ ، ٥٢٨ ، ٥٤٢ ، ٥٤٧ ، ٥٨٨ ، ٥٩٢ ،
 ٦٠٣ ، ٦٢٣

البيهقي = (أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي) ١٤٩ ، ١٩٥ ، ١٩٧ ،
 ١٩٨ ، ٢١٨ ، ٢٩٩ ، ٣٠٢ ، ٣١٠ ، ٣٢٠ ، ٥٦٩ ، ٦٠٩ ، ٦١٧ ، ٦١٨ ،
 ابن البيع = الحاكم أبو عبد الله صاحب المستدرک
 تاج الدين عبد الرحمن ٧٦

الترمذي (محمد بن عيسى بن سورة) ١١٦ ، ١٤٩ ، ١٩٤ ، ١٩٥ ، ٢٠٥ ،
 ٣٠٣ ، ٣٩٩ ، ٤٠٠

ابن التلمساني ١٣٠

تميم الداري ٣٠٣

ابن التودي ١٠٤

الثيرمي = سليمان ١٩٨

حرف التاء

ثابت مولى عبد الرحمن بن زيد ١٩٥ ، ١٩٦ ، ٢٠٦

الثعلبي امام العربية ٢٠١

الثقفى امام فى العربية ٥٥٥

ابن ثوبان = محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان

أبو ثور (ابراهيم بن خالد بن أبى اليمان صاحب الشافعى

من رواة القديم) ٢٠٧ ، ٢٥٥ ، ٣١٥ ، ٣٣١ ، ٣٧٦ ، ٣٨٠ ، ٤٠٢ ،

٤٢٩ ، ٤٣٨ ، ٤٣٩ ، ٤٥١ ، ٤٥٢ ، ٥١٨ ، ٥١٩ ، ٥٥٢ ، ٥٥٣ ، ٥٧١ ،

٥٧٢ ، ٦٠٩

الثورى (سفيان بن سعيد أبو عبد الله) ١١٨ ، ١١٩ ،

١٣٣ ، ٤٠٢ ، ٤٢٩ ، ٥٢٤ ، ٥٥٦ ، ٦١٠

حرف الجيم

الصفحة

جابر بن سمرة رضى الله عنه ١٤٨ ، ١٤٩
 جابر بن عبد الله رضى الله عنهما ١١٦ ،
 ابن الجارود ١٩٥
 ابن جببر = سعيد
 الجرجاني (أحمد بن محمد أبو العباس الجرجاني) ٣٦ ، ٤٣ ،
 ٤٧ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٨٥ ، ٩٧ ، ٩٨ ، ١٣٠ ، ١٣٥ ، ١٧١ ، ٢٣٣ ، ٢٥٨ ،
 ٢٧٤ ، ٢٨٩ ، ٣٤٨ ، ٣٥٤ ، ٣٩٤ ، ٤٢٢ ، ٤٢٦ ، ٥٠٦ ، ٥٢٥ ،
 ٥٥٩ ، ٥٦٤ ، ٦٢٧
 ابن جريج (عبد العزيز بن عبد الملك) ٣٠ ، ٣٢٢ ، ٤٢٧
 جرير (ابن عبد الله البجلي) رضى الله عنه ١٩٩ ، ٣٠٣
 جعفر بن محمد بن علي بن الحسين (جعفر الصادق) ٤٣٢
 جميع بن عمير ١٩٧
 الجوباري (أبو سلمة يحيى بن خلف) ٣٩٩
 الجوري (أبو الحسن علي بن الحسين) ١٧١ ، ٢١٩ ،
 ٢٢١ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٢ ، ٢٣٥ ، ٢٥١ ، ٢٥٢ ، ٢٥٤ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ ،
 ٢٧٣ ، ٣٦٤ ، ٤١٨ ، ٥٥٩ ، ٦١٤ ، ٦٢٠
 الجوهري (الحسن بن علي بن محمد) ٦٦ ، ١٢٣ ، ٣٠٤
 الجويني (الشيخ أبو محمد عبد الله بن يوسف والد إمام الحرمين) ١٨ ،
 ٤٣ ، ٨١ ، ٩٨ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٦٦ ، ١٨٧ ، ٢٣١ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ ،
 ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، ٢٥٠ ، ٢٥٨ ، ٢٦٥ ، ٢٩١ ،
 ٤٥٢ ، ٤٥٣ ، ٥٣٦ ، ٥٨٣
 الجويني (إمام الحرمين أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف
 الجويني) ٦ ، ٨ ، ٩ ، ١٢ ، ٢٠ ، ٢٢ ، ٢٦ ، ٣٥ ، ٤١ ، ٤٣ ، ٤٨ ،
 ٤٩ ، ٥١ ، ٥٩ ، ٧٢ ، ٩٤ ، ٩٧ ، ٩٩ ، ١٠٣ ، ١٠٧ ، ١١٠ ، ١١٣ ،
 ١٢٢ ، ١٢٤ ، ١٢٥ ، ١٣٤ ، ١٤٣ ، ١٤٥ ، ١٥٧ ، ١٦٢ ، ١٦٣ ، ١٦٩ ،
 ١٧٠ ، ١٧٢ ، ١٧٣ ، ١٧٤ ، ١٧٥ ، ١٧٨ ، ١٨٠ ، ١٨١ ، ١٨٣ ، ١٨٤ ،
 ١٨٦ ، ١٨٩ ، ١٩١ ، ١٩٢ ، ٢١٦ ، ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ٢٤٠ ،
 ٢٤٢ ، ٢٤٤ ، ٢٥٠ ، ٢٥٢ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٥٩ ، ٢٦٠ ،
 ٢٧٤ ، ٢٧٦ ، ٢٧٧ ، ٢٨٢ ، ٢٨٣ ، ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، ٢٨٩ ، ٢٩٠ ،
 ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، ٢٩٥ ، ٣١٧ ، ٣١٨ ، ٣٣٥ ، ٣٣٧ ، ٣٣٨ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ،
 ٣٤٧ ، ٣٤٩ ، ٣٥١ ، ٣٦٠ ، ٣٦٢ ، ٣٦٥ ، ٣٧٢ ، ٣٧٤ ، ٣٨٠ ، ٣٨١ ،
 ٣٨٣ ، ٣٨٧ ، ٣٩٤ ، ٣٩٥ ، ٣٩٧ ، ٤٠٥ ، ٤٠٨ ، ٤٠٩ ، ٤١٣ ، ٤١٤ ،
 ٤١٧ ، ٤٢٥ ، ٤٥٠ ، ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، ٤٦١ ، ٤٦٢ ، ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، ٤٦٦ ،
 ٤٦٧ ، ٤٦٨ ، ٤٧٠ ، ٤٧٣ ، ٤٧٦ ، ٤٧٧ ، ٤٨٣ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٣ ،
 ٤٩٥ ، ٤٩٨ ، ٥٠٧ ، ٥١١ ، ٥١٣ ، ٥١٨ ، ٥٣٥ ، ٥٣٦ ، ٥٣٧ ، ٥٤٠ ،
 ٥٤١ ، ٥٤٤ ، ٥٤٨ ، ٥٥٤ ، ٥٧٣ ، ٥٧٤ ، ٥٧٥ ، ٥٧٧ ،
 ٥٧٨ ، ٥٨١ ، ٥٨٣ ، ٥٨٥ ، ٥٨٦ ، ٥٨٧ ، ٦٠٤ ، ٦٠٦ ، ٦١١ ، ٦١٢ ،
 ٦١٦ ، ٦١٩ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥ ، ٦٢٦ ، ٦٢٧

حرف الحاء

الصفحة

ابن ابي حاتم (عبد الرحمن بن محمد بن ادريس بن المنذر الحنظلي الرازي) ٣٠١ ، ٢٠٢ ، ١٩٧

أبو حاتم (محمد بن ادريس بن المنذر الحنظلي الغطفاني الرازي) ٣٠٠ ، ٣٠١ ، ٣٢١ ، ٤٠٠

أبو حاتم السجستاني ٢٠١

الحارث بن سويد ٣٠٣

الحافظ (شيخ يوسف بن اسماعيل بن عبد الجبار بن ابي الحجاج المقدسي) ٢٠٢

الحاكم أبو عبد الله بن البيع صاحب المستدرک ٣٠٠ ، ٢٩٩ ، ١٩٥ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٢١ ، ٣٩٨ ، ٣٩٩

أبو حامد المروزي القاضي = احمد بن بشر

أبو حامد الاسفراييني (الشيخ أبو حامد أحمد بن محمد بن أحمد الاسفراييني) ٢٦ ، ٣٣٠ ، ٣٧ ، ٣٨ ، ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٧ ، ٥٠ ، ٥٠ ، ٥٦ ، ٥٧ ، ٥٩ ، ٦٢ ، ٦٣ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٦٦ ، ٦٨ ، ٧١ ، ٧١ ، ٧٢ ، ٧٤ ، ٧٥ ، ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩ ، ٨٠ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٥ ، ٨٦ ، ٨٧ ، ٩٢ ، ٩٥ ، ١٠٩ ، ١١١ ، ١١٢ ، ١١٨ ، ١٢٢ ، ١٣١ ، ١٣٥ ، ١٥١ ، ١٥٤ ، ١٧٢ ، ١٧٣ ، ١٨٠ ، ١٨١ ، ١٨٢ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، ١٨٧ ، ١٩٦ ، ٢١١ ، ٢١٨ ، ٢١٩ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٣ ، ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، ٢٢٨ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، ٢٣٩ ، ٢٤١ ، ٢٥٠ ، ٢٥٢ ، ٢٥٦ ، ٢٥٨ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، ٢٦٩ ، ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٦ ، ٢٧٨ ، ٢٩٢ ، ٢٩٤ ، ٢٩٥ ، ٢٩٧ ، ٢٩٨ ، ٣٠١ ، ٣٠٨ ، ٣١٣ ، ٣١٧ ، ٣١٩ ، ٣٤١ ، ٣٤٦ ، ٣٤٨ ، ٣٥٠ ، ٣٥٦ ، ٣٥٧ ، ٣٦٢ ، ٣٦٨ ، ٣٦٩ ، ٣٧٢ ، ٣٧٣ ، ٣٧٧ ، ٣٧٨ ، ٣٧٩ ، ٤٠٠ ، ٤٠١ ، ٤١٩ ، ٤٢٢ ، ٤٢٣ ، ٤٢٤ ، ٤٢٦ ، ٤٤٦ ، ٤٥٧ ، ٤٦٩ ، ٤٧٢ ، ٤٨٠ ، ٤٨٥ ، ٤٨٦ ، ٤٨٩ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٤٩٣ ، ٤٩٦ ، ٥٠٤ ، ٥٠٥ ، ٥٠٦ ، ٥٠٩ ، ٥١٥ ، ٥٢١ ، ٥٢٥ ، ٥٣١ ، ٥٣٢ ، ٥٣٤ ، ٥٣٨ ، ٥٣٩ ، ٥٤٠ ، ٥٤١ ، ٥٤٢ ، ٥٤٦ ، ٥٦٨ ، ٥٨٣ ، ٥٨٧ ، ٥٩٦ ، ٦٠٢ ، ٦٠٩ ، ٦١١ ، ٦٢٢ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥ ، ٦٢٧

أبو حامد المروزي القاضي أحمد بن بشر = أحمد بن بشر بن عامر

حبان بن منتقذ رضي الله عنه ٣٢٢ ، ٣٣٢ ، ٥٧٠

ابن حبان (أبو حاتم محمد بن حبان أحمد البستي) ١٩٧ ، ١٩٨ ، ٣٠٠

ابن الحداد (أبو بكر بن الحداد المصري) ١٢٧ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٣٩ ، ٣٢٣ ، ٣٤٥ ، ٣٦٧ ، ٣٦٨ ، ٣٨٧ ، ٣٨٩ ، ٣٩٢ ، ٣٩٤ ، ٣٩٦

٥٢٥ ، ٥٣٢ ، ٦٠١ ، ٦٠٣ ، ٦٠٥

ابن حربويه (أبو عبيد علي بن الحسين) ٣٠٦

حرملة (هو حرملة بن يحيى التجيبي شيخ مسلم بن الحجاج واحد رواة

الجديد) ٤١ ، ٦١٤

نصفه

ابن حزم (أبو محمد علي بن حزم انطاكري صاحب المحلى) ٢٨ ،
٢٩ ، ٥٢ ، ١١٨ ، ١٢٩ ، ١٣٣ ، ٢٠٥٠ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٢١١ ، ٢٣١ ،
ابن حزم عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ٢٢
أبو الحسن الأشعري (علي بن اسماعيل) ٣٠
الحسن البصري الإمام التابعي ١٩٨ ، ٢٢٠ ، ٣٢١ ، ٤٠١ ، ٤٢٠ ،
٥١٩ ، ٦٠٩

الحسن بن حي ٦١٠

الحسين بن القاسم صاحب الانصاح ٣٧١ ، ٥٨١

القاضي حسين = حسين بن محمد المروزي ٩ ، ١٤ ، ١٣ ، ٢٥٠ ،
٣٦ ، ٤٠ ، ٤١ ، ٤٨ ، ٤٩ ، ٥٥ ، ٦١ ، ٦٦ ، ٦٧ ، ٧٢ ، ٧٥ ، ٨١ ،
٩٦ ، ١٠٢ ، ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٣٤ ، ١٣٥ ، ١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٤٠ ، ١٤١ ،
١٤٣ ، ١٤٦ ، ١٤٧ ، ١٥٣ ، ١٥٤ ، ١٦٩ ، ١٦٨ ، ١٦٩ ، ١٧٠ ، ١٧٣ ،
١٧٤ ، ١٧٧ ، ١٨٥ ، ١٨٦ ، ١٨٧ ، ٢٠٤ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢١٥ ، ٢٢٦ ،
٢٢٧ ، ٢٤٣ ، ٢٦٣ ، ٢٧٦ ، ٢٨٤ ، ٢٩٦ ، ٢٩٨ ، ٣١٦ ، ٣٢٣ ، ٣٢٥ ،
٣٢٨ ، ٣٢٦ ، ٣٣٧ ، ٣٣٩ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ، ٣٤٢ ، ٣٤٣ ، ٣٤٦ ، ٣٨٨ ،
٣٨٩ ، ٣٩١ ، ٣٩٢ ، ٣٩٤ ، ٣٩٥ ، ٣٩٧ ، ٤٠٢ ، ٤٠٨ ، ٤١٢ ، ٤١٤ ،
٤١٥ ، ٤١٦ ، ٤١٧ ، ٤١٩ ، ٤٢٢ ، ٤٢٧ ، ٤٢٨ ، ٤٣٥ ، ٤٣٦ ، ٤٤٠ ،
٤٤٣ ، ٤٤٤ ، ٤٤٥ ، ٤٤٦ ، ٤٥٤ ، ٤٥٥ ، ٤٥٦ ، ٤٦٦ ، ٤٦٧ ، ٤٧٤ ،
٤٩٢ ، ٤٩٦ ، ٤٩٨ ، ٥٠٠ ، ٥٠١ ، ٥٠٢ ، ٥٠٩ ، ٥١٠ ، ٥١٦ ، ٥١٨ ،
٥٢٠ ، ٥٢٤ ، ٥٢٥ ، ٥٣٢ ، ٥٣٤ ، ٥٣٥ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ ، ٥٤٥ ، ٥٤٧ ،
٥٥٠ ، ٥٥٤ ، ٥٥٥ ، ٥٥٦ ، ٥٥٧ ، ٥٥٨ ، ٥٥٩ ، ٥٦٠ ، ٥٦١ ، ٥٦٧ ،
٥٧٢ ، ٥٧٣ ، ٥٧٥ ، ٥٧٦ ، ٥٧٨ ، ٥٨٣ ، ٥٨٤ ، ٥٩٢ ، ٥٩٦ ، ٥٩٨ ،
٦٠٢ ، ٦٠٤ ، ٦٠٥ ، ٦١٠ ، ٦١٢ ، ٦١٦ ، ٦٢٢ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥ ، ٦٢٦ ،
٦٢٧ ، ٦٢٨

الحسين أبو عبد الله السبط بن علي بن أبي طالب ٦٠٦

أبو الحسين أبو الفضل بن القطان ٥٢١ ، ٥٧٩

الحضرمي محمد بن عبد الرحمن الحضرمي ٢٧٤

حنص بن غيات ٤٣٢

ابن الحكم ٤٩٩

حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى رضى الله عنه

ابن أخى خديجة أم المؤمنين رضى الله عنها ٣٠٣

الحليمي الحسين بن الحسن بن محمد بن حليم الشيخ الإمام أبو عبد الله

٦٠٢

حماد بن سلمة (ابن دينار) ١٤٩

حماد بن أبي سليمان ٤٢٨

أبو الحمراء رضى الله عنه مولى النبي صلى الله عليه وسلم وخادمه ويقال

اسمه هلال بن الحارث ٣٠٣

الحوى صاحب الروضة (هو تاج الدين الحوى صاحب روضة

المرتاض) ٣٢٤ ، ٥٠٦ ، ٥٦٦

الحناسطي (أبو عبد الله الحسين بن محمد بن عبد الله الطبري)

٣١٠ ، ٥٧٤ ، ٥٨٥

الحنبلى أبو الفرج ابن ابى عمر ٢٤٦
 ابو حنيفه النعمان بن ثابت الامام ٢٥ ، ٢٢ ، ٣٩ ، ٩٦ ، ١٠٥ ،
 ١٢٠ ، ١٢٢ ، ١٣٣ ، ١٤٥ ، ١٤٨ ، ١٥٦ ، ١٦٦ ، ١٦٧ ، ٢٠٧ ، ٢١٠ ،
 ٢١٨ ، ٢٥٠ ، ٢٧٩ ، ٢٨٥ ، ٣١٥ ، ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، ٣٣٠ ، ٣٤٥ ، ٣٥٠ ،
 ٣٥٤ ، ٣٥٥ ، ٣٦٢ ، ٣٧١ ، ٣٨٠ ، ٣٨١ ، ٣٨٥ ، ٤٠٢ ، ٤٠٣ ، ٤٠٤ ،
 ٤٠٥ ، ٤٠٧ ، ٤١١ ، ٤٢٩ ، ٤٣٠ ، ٤٣٥ ، ٤٣٦ ، ٤٥٧ ، ٥٠٥ ، ٥٠٨ ،
 ٥١٩ ، ٥٢٧ ، ٥٣٠ ، ٥٣١ ، ٥٦٣ ، ٥٧٢ ، ٥٧٤ ، ٥٧٧ ، ٥٨١ ، ٥٨٤ ،
 ٥٩٢ ، ٥٩٤ ، ٦٠١ ، ٦٠٩ ، ٦١٤ ، ٦١٧ ، ٦٢٢ ، ٦٢٥

حرف الخاء

خالد بن الوليد رضى الله عنه سيف الله المسلول ٢٠٠
 الخضرى أبو عبد الله ٣٨٧
 الخطابى أبو سليمان حمد بن محمد بن ابراهيم ١١٥ ، ١٩٧ ، ٢٠٠ ، ٢٠١ ،
 خلف الجوبارى ٣٩٩
 ابن خلكان (القاضي شمس الدين أحمد ابو العباس بن محمد
 ابن ابراهيم بن أبى بكر بن خلكان الشافعى) ٤٦١ ، ٤٦٢
 الخوارزمى (محمود بن محمد بن العباس) ٦٤ ، ٦٥ ، ١٠٧ ،
 ١٢٠ ، ١٢٥ ، ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٣٣ ، ١٣٦ ، ١٤٠ ، ١٤١ ، ١٦٩ ، ١٧٠ ،
 ١٨٠ ، ١٨٦ ، ٢٢٠ ، ٣٤٩
 ابن خيران أبو على ٥١ ، ٥٤ ، ١٥٩ ، ١٧٩ ، ١٨٠ ، ١٨١ ، ١٨٢ ،
 ١٨٣ ، ١٨٤ ، ١٨٩ ، ١٩٣ ، ٣٥١ ، ٥٩٧ ، ٦١١ ، ٦١٤
 ابن خيران أبو الحسن ٣٤٩

حرف الدال

ابن أبى الدم (أبو اسحاق ابراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم بن على
 ابن محمد بن أبى الدم) ١٧ ، ٢٧ ، ١٢٣ ، ١٣٤ ، ١٧٤ ، ٢٣٤ ،
 ٢٥٥ ، ٤١٤ ، ٤٦٦ ، ٤٦٧ ، ٤٨٣ ، ٤٨٤ ، ٥١٠ ، ٥١١
 الدارقطنى (أبو الحسن بن عمر الحافظ صاحب السنن) ١٩٧ ، ١٩٨ ،
 الداركى أبو القاسم عبد العزيز بن الحسن ٢٧٤ ، ٤٨٩ ، ٤٩٠ ،
 ٤٩٤ ، ٤٩٥ ، ٤٩٦
 الدارمى (الفقيه أبو الفرج محمد بن عبد الواحد صاحب الاستذكار)
 ٢٧٤
 الدارمى محمد بن أحمد ٥٨٥
 الدارمى (المحدث أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن داود) ٣٩٩
 الدامغانى (أبو الحسن على بن محمد بن على) ٤٤٦

انصحة

داود بن علي الظاهري ٣١ ، ٣٩٤ ، ١٢٠ ، ١٤٥ ، ٢٠٥ ، ٢٠٧ ، ٦١٠ ، ٦٢٠
 أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ١١٦ ، ١١٤ ، ١٩٥ ، ١٩٧ ، ٣٢٠ ، ٣٨٠ ، ٣٩٨ ، ٣٩٩
 ابن داود = أبو بكر بن داود بن علي الظاهري ٦١ ، ١٠١ ، ١٥٠ ، ٢٤٥ ، ٥٢٦ ، ٥٩٦ ، ٥٩٨ ، ٦٠٠ ، ٦٢٤
 ابن أبي داود = الأزدي
 الدراوردي حميد ١١٨
 ابن دقيق العيد تقي الدين محمد بن علي ٢١٧ ، ٢١٨ ، ٢١٩

حرف الذال

أبو زر الفخاري (جندب بن جنادة رضي الله عنه) ٥٢٠
 ذكران السمان أبو صالح ١٩٥ ، ١٩٦
 ابن أبي ذؤيب (اسماعيل بن عبد الرحمن) ٣٩٩ ، ٤٠٠

حرف الراء

الرازي = أبو حاتم
 الرازي = أبو زرعة عبد الله بن عبد الكريم
 الواقعي (عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم) ٤ ، ٥ ، ٧ ، ٨٠ ، ٩٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٤ ، ١٥ ، ١٦ ، ٢٠ ، ٢١ ، ٢٢ ، ٢٦ ، ٢٤ ، ٥٥٠ ، ٦٤ ، ٦٦ ، ٦٩ ، ٧٥ ، ٧٧ ، ٧٩ ، ٨٠ ، ٨١ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٥ ، ٩٠ ، ٩١ ، ٩٤ ، ٩٥ ، ٩٨ ، ١٠٢ ، ١٠٣ ، ١٠٧ ، ١٠٨ ، ١١٣ ، ١١٨ ، ١٢٠ ، ١٢٧ ، ١٢٨ ، ١٢٩ ، ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٣٣ ، ١٣٥ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٣٩ ، ١٤٠ ، ١٤١ ، ١٤٣ ، ١٥٣ ، ١٥٩ ، ١٦٢ ، ١٦٣ ، ١٦٤ ، ١٦٥ ، ١٦٨ ، ١٧١ ، ١٧٢ ، ١٧٥ ، ١٩٢ ، ١٩٦ ، ٢٠٧ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ ، ٢٣١ ، ٢٣٥ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، ٢٤٩ ، ٢٥١ ، ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٦ ، ٢٥٨ ، ٢٥٩ ، ٢٦١ ، ٢٦٢ ، ٢٦٦ ، ٢٧٠ ، ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٧ ، ٢٧٩ ، ٢٨٣ ، ٢٨٦ ، ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ ، ٢٩٤ ، ٢٩٥ ، ٢٩٧ ، ٣٠٦ ، ٣١٠ ، ٣١٧ ، ٣١٩ ، ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، ٣٢٥ ، ٣٢٦ ، ٣٢٧ ، ٣٢٨ ، ٣٢٩ ، ٣٣٨ ، ٣٣٩ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ، ٣٤٢ ، ٣٤٤ ، ٣٤٥ ، ٣٤٦ ، ٣٤٧ ، ٣٤٨ ، ٣٤٩ ، ٣٥٠ ، ٣٥٢ ، ٣٥٧ ، ٣٥٨ ، ٣٥٩ ، ٣٦٠ ، ٣٦٢ ، ٣٦٤ ، ٣٦٧ ، ٣٦٨ ، ٣٦٩ ، ٣٧٠ ، ٣٧٢ ، ٣٧٣ ، ٣٧٤ ، ٣٧٥ ، ٣٧٧ ، ٣٧٨ ، ٣٧٩ ، ٣٨١ ، ٣٨٢ ، ٣٨٣ ، ٣٩٠ ، ٣٩١ ، ٣٩٢ ، ٣٩٤ ، ٣٩٥ ، ٣٩٦ ، ٣٩٧ ، ٤٠٢ ، ٤٠٤ ، ٤١٢ ، ٤١٥ ، ٤١٦ ، ٤١٧ ، ٤١٨ ، ٤١٩ ، ٤٢٢ ، ٤٢٥ ، ٤٢٦ ، ٤٢٧ ، ٤٢٨ ، ٤٢٩ ، ٤٣٨ ، ٤٤١ ، ٤٤٢ ، ٤٤٣ ، ٤٤٤ ، ٤٤٥ ، ٤٤٦ ، ٤٤٩ ، ٤٥١ ، ٤٥٣ ، ٤٥٤ ، ٤٥٥ ، ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، ٤٥٩ ، ٤٦٠ ، ٤٦١ ، ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، ٤٦٥ ، ٤٦٨ ، ٤٧٣ ، ٤٧٥ ، ٤٧٦ ، ٤٧٧ ، ٤٨٨ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٤

الصفحة

١٩٧ ، ١٩٨ ، ٥٠٢ ، ٥٠٥ ، ٥٠٦ ، ٥٠٧ ، ٥٠٩ ، ٥١٤ ، ٥٣٥ ، ٥٣٩ ،
 ٥٤٠ ، ٥٤١ ، ٥٤٤ ، ٥٤٥ ، ٥٤٦ ، ٥٤٨ ، ٥٥٠ ، ٥٥٨ ، ٥٦٠ ، ٥٦١ ،
 ٥٦٣ ، ٥٦٧ ، ٥٦٨ ، ٥٧٢ ، ٥٧٤ ، ٥٧٥ ، ٥٧٦ ، ٥٧٧ ، ٥٧٨ ، ٥٨٠ ،
 ٥٨١ ، ٥٨٤ ، ٥٨٦ ، ٥٨٨ ، ٥٨٩ ، ٥٩٠ ، ٥٩٣ ، ٥٩٧ ، ٦٠٢ ، ٦٠٣ ،
 ٦٠٤ ، ٦٠٦ ، ٦٠٧ ، ٦١٢ ، ٦١٥ ، ٦١٦ ، ٦٢٤ ، ٦٢٦ ، ٦٢٧ ، ٦٢٨

ابن راهويه = اسحاق

الربيع بن سليمان الجيزي صاحب الشانعي ٢٧٦

الربيع بن سليمان المرادي صاحب الشانعي ١٩٠ ، ٢٠٢ ، ٢٧٥

٢٧٦ ، ٦٢٣

ابن الرقعة أحمد بن محمد ٤ ، ٦ ، ١٠ ، ١٣ ، ١٨ ، ٢٠ ، ٢١ ،
 ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٥ ، ٢٦ ، ٢٨ ، ٤٣ ، ٥٥ ، ٥٨ ، ٦٧ ، ٦٨ ، ٧٠ ، ٧٢ ،
 ٧٧ ، ٨١ ، ٩٢ ، ٩٤ ، ٩٧ ، ٩٦ ، ١٠٠ ، ١٠٧ ، ١١١ ، ١١٢ ،
 ١١٣ ، ١١٤ ، ١٢٣ ، ١٢٦ ، ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٣٢ ، ١٤٢ ، ١٤٣ ،
 ١٤٦ ، ١٥٢ ، ١٦٣ ، ١٨١ ، ١٨٦ ، ١٩١ ، ١٩٢ ، ٢١٧ ، ٢١٨ ، ٢٣١ ،
 ٢٣٢ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ٢٤٩ ، ٢٥١ ، ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٢٥٩ ، ٢٦١ ،
 ٢٦٢ ، ٢٦٤ ، ٢٧٥ ، ٢٧٩ ، ٢٨٧ ، ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ ، ٣١٥ ، ٣٢٥ ،
 ٣٢٧ ، ٣٣٥ ، ٣٣٩ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ، ٣٤٢ ، ٣٤٤ ، ٣٤٥ ، ٣٤٦ ، ٣٥٠ ،
 ٣٥١ ، ٣٥٨ ، ٣٥٩ ، ٣٦١ ، ٣٧١ ، ٣٧٤ ، ٣٧٦ ، ٣٨٢ ، ٣٨٣ ، ٣٨٤ ،
 ٣٩٤ ، ٤٠٤ ، ٤٠٥ ، ٤٠٨ ، ٤٢٠ ، ٤٢٢ ، ٤٢٧ ، ٤٤٢ ، ٤٤٣ ، ٤٥٥ ،
 ٤٥٧ ، ٤٦٠ ، ٤٦١ ، ٤٧٢ ، ٤٧٣ ، ٤٧٧ ، ٤٨٠ ، ٤٨٩ ، ٥٠٣ ،
 ٥١١ ، ٥١٢ ، ٥١٨ ، ٥٢٢ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٢٢ ، ٥٥٣ ، ٥٦٠ ، ٥٧٣

الرويانى اسماعيل بن أحمد بن محمد صاحب بحر المذهب وغيره ٣ ،
 ٥ ، ١٤ ، ١٥ ، ١٦ ، ١٧ ، ١٩ ، ٢١ ، ٤٠ ، ٤٢ ، ٤٣ ، ٥٤ ،
 ٦٤ ، ٦٥ ، ٦٦ ، ٦٧ ، ٧١ ، ٧٥ ، ٨٠ ، ٨٣ ، ٨٥ ، ٨٦ ،
 ٩٧ ، ١٠٢ ، ١٠٣ ، ١٠٦ ، ١٠٨ ، ١١٠ ، ١١١ ، ١١٢ ، ١٢٠ ، ١٢٥ ،
 ١٣١ ، ١٣٥ ، ١٣٧ ، ١٥٣ ، ١٥٤ ، ١٥٦ ، ١٥٧ ، ١٧١ ، ١٧٢ ، ١٧٤ ،
 ١٧٧ ، ١٧٨ ، ١٨٢ ، ١٨٣ ، ١٨٤ ، ١٨٦ ، ٢٦٩ ، ٢٧٤ ، ٢٧٩ ، ٢٨٠ ،
 ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ ، ٣١٥ ، ٣٢٩ ، ٣٢٤ ، ٣٤٦ ، ٣٤٨ ، ٣٤٩ ، ٣٥٢ ،
 ٣٥٩ ، ٣٦٨ ، ٣٨٠ ، ٣٨١ ، ٣٨٧ ، ٣٩٠ ، ٣٩٤ ، ٣٩٨ ، ٤١٦ ،
 ٤٢٢ ، ٤٢٤ ، ٤٢٧ ، ٤٤٧ ، ٤٤٨ ، ٤٥٥ ، ٤٧٤ ، ٤٧٦ ، ٤٩٠ ، ٥٠٥ ،
 ٥٠٩ ، ٥٢٠ ، ٥٢٣ ، ٥٣٥ ، ٥٣٧ ، ٥٣٨ ، ٥٣٩ ، ٥٤٥ ، ٥٤٦ ، ٥٥٨ ،
 ٥٥٩ ، ٥٦٠ ، ٥٦١ ، ٥٦٢ ، ٥٦٤ ، ٥٦٥ ، ٥٦٦ ، ٥٦٩ ، ٥٧٣ ، ٥٧٧ ،
 ٥٨٠ ، ٥٨١ ، ٥٩٧ ، ٦٢٣ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥ ، ٦٢٦ ، ٦٢٧ ، ٦٢٨

حرف الزاى

ابن الزبير (هو عبد الله بن الزبير بن العوام رضى الله عنهما) ٣٢٢

الزبيرى صاحب المقتضب ٤٦٤ ، ٥٦٣ ، ٥٩٣

الزجاج أبو اسحاق ابراهيم بن السرى النحوى ٥٥٥

أبو زرعة الرازى ٣٠٠ ، ٣٠١

ابن زريع = يزيد بن زريع ١٩٩

الزعفراني (أبو الحسين محمد) ٣٧٦
 زفر صاحب أبي حنيفة ٢٠٧
 أبو زكريا محيي الدين بن شرف = النووي
 الزمخشري (محمود بن عمر) ١٩٧
 الزنجي = مسلم بن خاتك
 الزهري (أبو بكر محمد بن مسلم بن شهاب) ٢٣ : ٤٢٩ ، ٤٢٨ ،
 ٥١٨ ، ٥١٩
 زيد بن ثابت رضي الله عنه ١١٧ ، ١٢١ ، ٤٢٩ ، ٤٣٢ ، ٤٣٣ ، ٦٠٩ ،
 ٦١٠ ، ٦١٨ ، ٦٢٣
 أبو زيد (محمد بن أحمد بن عبد الله الفاشاني) ١٢٨ ، ٣٨٧ ، ٣٨٩ ،
 ٣٩١ ، ٤٣٥

حرف السين

سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ٢٣ ، ٦٠٨
 أبو السباع ٣٠٠ ، ٣٠١
 السبكي (علي بن عبد الكافي السبكي تقي الدين) ٣٢٥
 السجستاني = أبو حاتم
 ابن سراقه (صاحب كتاب بيان ما لا يثيب جهله) ٢١٩
 ابن سريج أبو العباس ١٦ ، ٣٠ ، ٤٤ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، ٢٣٥ ،
 ٢٤١ ، ٢٤٣ ، ٢٤٦ ، ٢٥٠ ، ٢٥٨ ، ٢٧٣ ، ٢٨٦ ، ٣٢٣ ، ٣٤٦ ، ٣٤٨ ،
 ٣٤٩ ، ٣٥٠ ، ٣٥١ ، ٣٦٢ ، ٣٦٣ ، ٣٦٤ ، ٣٩٧ ، ٤٠٤ ، ٤٦٥ ، ٤٦٦ ،
 ٤٦٨ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٤٩٣ ، ٤٩٦ ، ٤٩٧ ، ٥١١ ، ٥١٢ ،
 ٥١٣ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٢٨ ، ٥٢٩ ، ٥٣٠ ، ٥٣١ ، ٥٣٢ ، ٥٣٩ ، ٥٤١ ،
 ٥٤٢ ، ٥٤٣ ، ٥٤٥ ، ٥٨٥ ، ٥٩٢ ، ٥٩٦ ، ٦٠١ ، ٦٠٢ ، ٦٠٥ ، ٦٠٦ ،
 ٦١١ ، ٦٢١ ، ٦٢٤
 أبو السعادات ابن الأثير ١٩٨
 أبو سعيد الاصطخري ٢٧٥ ، ٢٧٦ ، ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ٦٠٧ ، ٦١١
 أبو سعيد (محمد بن يحيى بن منصور تلميذ الفزالي صاحب شرح أدب
 القاضي) ٥٦٠
 سعيد بن جبير ٢٢٠ ، ٤٠١
 سعيد بن خالد ٣٠١
 سعيد بن سالم ٣٠ ، ٣٦٩
 سعيد بن أبي عروبة ٣٠٢ ، ٣٠٦
 سفيان الثوري ١١٨ ، ١١٩ ، ١٢٣ ، ٤٠٢ ، ٤٢٩ ، ٥٢٤ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ،
 ٦١٠
 سفيان بن عيينة ٢٣ ، ٢٠٥ ، ٥٠٦
 أبو سلمة يحيى بن خلف الجوباري ١٧١ ، ٣٩٩
 ابن سلمة ٢٣٥ ، ٢٧٣
 سليمان بن أرقم ٢٤٩
 سليمان التيمي ١٩٨
 سليمان بن موسى ٣٠٣

سليم بن ايوب الرازي (صاحب التقريب) ٨ ، ٩ ، ٥١ ، ٧٠ ،
٧٢ ، ٩٧ ، ١٠٧ ، ١٧١ - ١٧٣ ، ١٧٨ ، ٢٣٧ ، ٢٥٠ ، ٢٥٧ ، ٢٥٩ ،
٣٦٥ ، ٣٦٦ ، ٣٨٢ - ٣٨٤ ، ٤٥٧ ، ٤٦٢ ، ٤٧٢ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ،
٤٩٣ ، ٤٩٤ ، ٤٩٥ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٢٨ - ٥٤١ ، ٥٨٥ ، ٥٨٧ ، ٥٩٨
سمره بن جندب ٣٢٠ ، ٣٢١
ابن السمعاني ابو الظفر ٣٨١ ، ٤٣٢ - ٤٣٣
السنجي ابو علي ١٢٧ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ ، ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٣٢٤
٣٢٦ ، ٣٦٥ ، ٣٦٧ ، ٥٣٢ ، ٥٣٣ ، ٦٠٧ ، ٦٢٦
سيبويه ٥٨٢
ابن سيرين محمد ٣٥ ، ١٩٤ ، ١٩٥ ، ١٩٦ - ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٣٤٧
٤٠١ ، ٤٢٩ ، ٤٣٨ ، ٦٠٩

الشاشي (أبو بكر محمد بن علي بن حامد) ٦٤ ، ١٣١ ، ١٧١ ،
١٨٤ ، ٢١٦ ، ٢٧٧ ، ٢٨٢ ، ٢٨١ ، ٢٨٤ ، ٢٨٥ ، ٢٦٤ ، ٥١٥ ، ٥٥٦ ،
٥٨٢
الشاشي (محمد بن ادريس امام الاثني) ٦ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ،
١٥ ، ١٨ ، ٢٢ ، ٢٨ ، ٢٦ ، ٣٠ ، ٢١ ، ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٤ ،
٢٨ ، ٢٩ ، ٤٠ ، ٤٢ ، ٤٧ ، ٤٩ ، ٥٠ ، ٥١ ، ٥٢ ، ٥٣ ،
٥٥ ، ٥٧ ، ٥٩ ، ٦٢ ، ٦٤ ، ٦٨ ، ٧٠ ، ٧١ ، ٧٢ ، ٧٤ ،
٧٥ ، ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، ٨٤ ، ٨٨ ، ٩٩ ، ١٠٠ ، ١٠١ ، ١٠٣ ،
١٠٤ ، ١٠٦ ، ١٠٧ ، ١٠٨ ، ١١٢ ، ١١٣ ، ١١٤ ، ١١٥ ، ١١٦ ،
١١٨ ، ١١٩ ، ١٢٥ ، ١٢٦ ، ١٢٨ ، ١٢٦ ، ١٣٠ ، ١٣٤ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ،
١٣٩ ، ١٤٢ ، ١٤٣ ، ١٤٤ ، ١٤٥ ، ١٥٠ ، ١٥١ ، ١٥٢ ، ١٥٣ ، ١٥٥ ،
١٥٦ ، ١٥٨ ، ١٥٩ ، ١٦١ ، ١٦٢ ، ١٦٩ ، ١٧١ ، ١٧٢ ، ١٧٧ ، ١٨٠ ،
١٨١ ، ١٨٢ ، ١٨٩ ، ١٩٠ ، ١٩٤ ، ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢٠٠ ، ٢٠١ ، ٢٠٢ ،
٢٠٤ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢١٩ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ ، ٢٢٤ ، ٢٣ ،
٢٣٥ ، ٢٣٧ ، ٢٤٢ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ ،
٢٥١ ، ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٢٥٨ ، ٢٥٩ ، ٢٧١ ، ٢٧٤ ، ٢٨٢ ، ٢٨٤ ،
٢٨٨ ، ٢٩١ ، ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، ٢٩٧ ، ٣٠٢ ، ٣٠٥ ، ٣٠٨ ، ٣١٥ ،
٣١٦ ، ٣١٨ ، ٣١٩ ، ٣٢٢ ، ٣٢٣ ، ٣٢٨ ، ٣٢٩ ، ٣٢٢ ، ٣٣٣ ، ٣٥٠ ،
٣٥١ ، ٣٥٦ ، ٣٦٦ ، ٣٦٨ ، ٣٧٠ ، ٣٧٢ ، ٣٧٤ ، ٣٧٦ ، ٣٨٠ ، ٣٨١ ،
٣٩٧ ، ٣٩٨ ، ٣٩٩ ، ٤٠١ ، ٤٠٢ ، ٤١٣ ، ٤١٧ ، ٤٢١ ، ٤٢٣ ، ٤٢٤ ،
٤٢٦ ، ٤٢١ ، ٤٣٢ ، ٤٣٣ ، ٤٣٥ ، ٤١٧ ، ٤٣٨ ، ٤٣٩ ، ٤٤١ ، ٤٦٩ ،
٤٧٤ ، ٤٧٧ ، ٤٨٤ ، ٤٩٦ ، ٤٩٧ ، ٤٩٩ ، ٥٠٠ ، ٥٠١ ، ٥٠٢ ، ٥٠٣ ،
٥٠٥ ، ٥٠٧ ، ٥١٤ ، ٥١٧ ، ٥٢٥ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٢٨ ، ٥٣٦ ، ٥٤٢ ،
٥٤٦ ، ٥٥٠ ، ٥٥٥ ، ٥٥٩ ، ٥٦٢ ، ٥٧٧ ، ٥٧٨ ، ٥٨٨ ، ٥٩٠ ،
٥٩٢ ، ٥٩٤ ، ٥٩٥ ، ٥٩٦ ، ٥٩٧ ، ٦٠٠ ، ٦٠١ ، ٦٠٢ ، ٦٠٣ ، ٦٠٤ ،
٦٠٨ ، ٦١١ ، ٦١٢ ، ٦١٣ ، ٦١٤ ، ٦١٦ ، ٦١٨ ، ٦١٩ ، ٦٢٠ ، ٦٢١ ،
٦٢٢ ، ٦٢٣ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥

الصنعة

ابن شبرمة (عبد الله بن شبرمة بن حسان بن المنذر بن ضرار
ابن عمرو بن مالك بن زيد بن كعب بن بجالة الضبي أبو شبرمة الكوفي
القاضي الفقيه التابعي) ٤٣٠ ، ٤٣٨
شريح (القاضي هو ابن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية
ابن عامر الكندي أبو أمية الكوفي) ٤٣٠ ، ٥١٦ ، ٥١٩ ، ٦١٠
شريك بن عبد الله النخعي القاضي الكوفي ٦٠٩
الشعبي (عامر بن شراحيل التابعي) ٩٥ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٤٣٠ ، ٤٣٨ ،
٤٣٩ ، ٥١٨
ابن شهاب (محمد بن مسلم بن شهاب الزهري) ٣٢١ ، ٣٢٢
الشيثاني = أبو اسحاق ١٣٣
ابن أبي شيبة (صاحب المصنف) ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٤٣٢
الشيرازي = أبو اسحاق

حرف الصاد

الصادق (جعفر بن محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب
المعروف بجعفر الصادق) ٤٣٢
أبو صالح ذكوان السهاني ١٩٥ ، ١٩٦
ابن الصباغ (الشيخ نصر صاحب الشامل) ٤٣ ، ٥٧ ، ٦٤ ،
٧٦ ، ١٣٢ ، ٢٣٩ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٦٩ ، ٢٩١ ، ٣٢٢ ، ٣٢٤ ، ٣٤٦ ،
٣٤٨ ، ٣٤٩ ، ٣٥١ ، ٣٦٤ ، ٣٧٤ ، ٣٧٥ ، ٣٧٦ ، ٤١٥ ، ٤٢٢ ، ٤٢٤ ،
٤٢٧ ، ٤٢٨ ، ٤٤٣ ، ٤٥٣ ، ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، ٤٦٤ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٥٢٢ ،
٥٢٥ ، ٥٣٥ ، ٥٤٨ ، ٥٦٣ ، ٥٨٣ ، ٦٠٣ ، ٦٢٠
الصعبي محمد بن عبد الله بن يحيى ٣٢٢
الصيدلاني (أبو المظفر القاسم بن الفضل) ٧٦ ، ٨١ ، ١٧٠ ،
٢٥٠ ، ٢٧٣ ، ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٢٩٠ ، ٤٦٨ ، ٥٤٥
الصيرفي أبو بكر ٦٢١
الصيمري (عبد الواحد بن الحسين بن محمد) ٢٤ ، ٢٥ ، ١١٩ ،
١٥٢ ، ٢٢١ ، ٢٢٤ ، ٥٦٣ ، ٥٧٢ ، ٥٧٣

حرف الطاء

طاوس بن كيسان ٣٢٢ ، ٦٠٩
ابن طاوس ٣٢٢
أبو الطبيب الطبري (طاهر بن عبد الله بن طاهر القاضي) ٣ ، ٤ ،
٨ ، ١٢ ، ١٥ ، ١٦ ، ١٩ ، ٢٠ ، ٣١ ، ٣٣ ، ٣٧ ، ٤٠ ، ٤٢ ، ٤٣ ،
٥٠ ، ٥٣ ، ٥٩ ، ٦١ ، ٦٣ ، ٦٥ ، ٧١ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٧٥ ، ٧٦ ،
٨٠ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٥ ، ٩٦ ، ١٠٢ ، ١٠٣ ، ١٠٦ ، ١٠٨ ، ١٢٦ ،
١٢٧ ، ١٢٨ ، ١٢٩ ، ١٣١ ، ١٣٢ ، ١٣٥ ، ١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٣٩ ،
١٤٠ ، ١٤١ ، ١٤٣ ، ١٤٥ ، ١٥١ ، ١٥٤ ، ١٥٦ ، ١٥٩ ، ١٦٠ ، ١٦١ ،
١٦٣ ، ١٧١ ، ١٧٢ ، ١٧٣ ، ١٧٥ ، ١٨٠ ، ١٨٣ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، ٢٥٩ ،
٢٦٢ ، ٢٦٦ ، ٢٦٩ ، ٢٧٤ ، ٢٧٦ ، ٢٨٥ ، ٢٩١ ، ٢٩٣ ، ٢٩٤ ، ٢٩٥

الصفحة

٢٩٦ ، ٢٩٧ ، ٣١٢ ، ٣١٣ ، ٣١٧ ، ٣١٨ ، ٣١٩ ، ٣٢٢ ، ٣٢٤ ، ٣٢٦ ،
 ٣٢٧ ، ٣٢٨ ، ٣٢٩ ، ٣٤٨ ، ٣٥٤ ، ٣٥٦ ، ٣٥٧ ، ٣٦٢ ، ٣٦٤ ، ٣٦٨ ،
 ٣٧٣ ، ٣٧٤ ، ٣٧٥ ، ٣٧٦ ، ٣٨١ ، ٣٩٠ ، ٣٩٣ ، ٣٩٦ ، ٤٠٠ ، ٤٢٠ ،
 ٤٢٢ ، ٤٢٣ ، ٤٢٤ ، ٤٣٣ ، ٤٣٩ ، ٤٥٣ ، ٤٥٤ ، ٤٦٩ ، ٤٧٣ ، ٤٧٦ ،
 ٤٨٢ ، ٤٨٤ ، ٤٨٧ ، ٤٨٩ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٧ ، ٥٠٤ ، ٥١٠ ، ٥١١ ،
 ٥٢١ ، ٥٢٢ ، ٥٢٥ ، ٥٣٠ ، ٥٣٣ ، ٥٣٤ ، ٥٣٥ ، ٥٣٦ ، ٥٣٧ ، ٥٣٨ ،
 ٥٣٩ ، ٥٤٠ ، ٥٤١ ، ٥٤٦ ، ٥٤٨ ، ٥٤٩ ، ٥٥٠ ، ٥٥٨ ، ٥٦٣ ،
 ٥٦٧ ، ٥٦٨ ، ٥٨٠ ، ٥٨٣ ، ٥٨٨ ، ٥٨٩ ، ٥٩١ ، ٥٩٧ ، ٦٠٠ ، ٦٠٢ ،
 ٦٠٣ ، ٦٠٤ ، ٦٠٥ ، ٦٠٦ ، ٦٠٧ ، ٦١١ ، ٦١٢ ، ٦١٣ ، ٦١٩ ، ٦٢٧ ،
 الطرى (أبو على الحسين بن القاسم) ٤٣ ، ٥٦ ، ١٥٩ ،
 ١٧٩ ، ١٨٠ ، ٢١٨ ، ٢٥٣ ، ٢٦٣ ، ٢٩٤ ، ٢٩٧ ، ٣١١ ، ٤٣٣ ، ٤٩٣ ،
 ٥٤٢ ، ٥٥٢ ، ٦١١ ، ٦٢٤

حرف العين

أبو عاصم العبادى (محمد بن أحمد بن محمد الهروى) ٤٤٨ ، ٥٩٣ ،
 ٥٦١

عاصم بن عبيد الله بن عـربـن الخطاب العدوى (١٩٨ ، ٦٠٩ ،
 عاصم بن عدى بن الجد بن العجلان حليف الانتصار رضى الله عنه ٥٦٩
 عبادة بن الصامت ٣٠ ، ٣٢٠

عباد بن الليث الكرابيسى اللثى ٣٠٣
 العبادى أبو الحسن ٥٧٦ ، ٥٧٨
 ابن عباس = عبد الله

أبو العباس الجرجاني (أحمد بن محمد صاحب المعاينة = الجرجاني
 أبو العباس بن سريج ١٦ ، ٣٠ ، ٤٤٠ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، ٢٣٥ ،
 ٢٤١ ، ٢٤٣ ، ٢٤٦ ، ٢٥٠ ، ٢٥٨ ، ٢٧٣ ، ٢٨٦ ، ٣٢٣ ،
 ٣٤٦ ، ٣٤٨ ، ٣٤٩ ، ٣٥٠ ، ٣٥١ ، ٣٦٢ ، ٣٦٣ ، ٣٦٤ ، ٣٩٧ ، ٤٠٤ ،
 ٤٦٥ ، ٤٦٦ ، ٤٦٨ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٤٩٣ ، ٤٩٦ ، ٤٩٧ ، ٥١١ ،
 ٥١٢ ، ٥١٣ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٢٨ ، ٥٢٩ ، ٥٣٠ ، ٥٣١ ، ٥٣٢ ، ٥٣٩ ،
 ٥٤١ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ ، ٥٤٥ ، ٥٨٥ ، ٥٩٢ ، ٥٩٩ ، ٦٠١ ، ٦٠٢ ، ٦٠٥ ،
 ٦٠٦ ، ٦١١ ، ٦٢١ ، ٦٢٤

العباس بن محمد بن حاتم بن واقد الدورى ٣٩٩
 عبد الله بن أحمد ٣٠

عبد الله بن الحسن ٤٠٢ ، ٤٣٠

أبو عبد الله الحسين ٦٠٦

عبد الله بن عبد الحكم ٤٩٩

عبد الله بن رؤبة = العجاج

عبد الله بن ثبرمة = ثبرمة

عبد الله بن عامر ٦٠٩

عبد الله بن عباس ١١٦ ، ١٢٢ ، ١٤٩ ، ٢٠٧ ، ٢١٤

- عبد الله بن عمرو بن عوف المزني ١٩٧
عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما ٢٢ ، ٢٣ ، ١١٤ ،
١١٥ ، ١٢٢ ، ١٤٤ ، ١٤٩ ، ١٥٥ ، ١٩٤ ، ١٩٧ ، ١٩٨ ، ٢٠٧ ، ٢٣٣ ،
٢٣٤ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، ٣١٠ ، ٣٢٢ ، ٤٠٣ ، ٦٠٨ ، ٦٠٩ ، ٦١٠ ، ٦١٨ ،
٦٢٤
عبد الله بن مسعود ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢٠٧ ، ٢١٤ ، ٢٢٩
عبد الله بن يحيى الصمعي والد محمد الصمعي ٣٣٢
ابن عبد البر (أبو عمر الحافظ) ٢٣ ، ٢٤ ، ٣٨ ، ٥٢ ، ٥٤ ، ١٣٦ ،
١٩٧ ، ٢٠٠ ، ٢٠٧ ، ٢٠٨ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٥٦٣ ، ٦١٠ ، ٦١٤
عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه (أحد العشرة المبشرين بالجنة)
٣٤٧ ، ٥٦٩
عبد الرحمن بن شماس ٢٩٩
عبد الرحمن بن أبي ليلى = ابن أبي ليلى
عبد الرحمن بن هرمز الأعرج ١٩٤ ، ٢٠٦
عبد الرزاق بن همام الصنعائي صاحب المصنف ٢١٤
العبدري (محمد بن مسعود بن مرجى الحافظ) ١٦٧ ، ٢٠٧ ، ٢٧٤
ابن عبد السلام (عز الدين أسير العلماء) = العز بن عبد السلام
عبد العزيز بن عبد الملك = ابن جريج
عبد الغفار القزويني ٢١٧
عبد المجيد بن وهب ٣٠٣
عبد الملك بن قريب الأصمعي = الأصمعي
عبد الملك أبو المعالي الجويني أمام الحرمين = الجويني
عبد الملك بن مروان ٣٠١
عبد الملك بن هشام ٢٠٢
عبد الوهاب القاضي (عبد الوهاب المالكي) ٣٠ ، ٢٠٥ ، ٥٦٣ ، ٥٧١
عبيد الله (ابن عبد الله بن عتبة بن مسعود أحد الفقهاء السبعة)
٤٠٢
أبو عبيد بن حريويه (هو علي بن الحسين بن حريويه = ابن حريويه
أبو عبيد (القاسم بن سلام) ٢٠٠ ، ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٤٠٢
عبيد بن الأبرص الشاعر ٢٠١
عثمان الليثي ٤٠٢
أبو عثمان = النهدي
عثمان بن عفان رضي الله عنه ٢١٣ ، ٤٢٩ ، ٦٠٨ ، ٦٠٩ ، ٦١٠ ،
٦١٢ ، ٦١٣ ، ٦١٤ ، ٦١٨ ، ٦١٩ ، ٦٢٢ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥
المعاج عبد الله بن ربيعة ٢٠١
المجلى (أبو الفتوح أسعد بن محمود بن خلف الأصبهاني) ٢٢ ، ١٠٣ ،
٥٢٢ ، ٥٥٣
العداء بن خالد بن هوذة رضي الله ٣٠٢ ، ٣٠٣

الصفحة

ابن أبى عدى = (محمد بن أبى عدى روى عن سعيد بن أبى عروبة بعد
اختلاطه) ٢٤٩ ١٩٨

العراقى (أبو اسحاق ابراهيم بن منصور بن مسلم المصرى
العراقى) ٣٥٣ ، ٣٩٤ ، ٤٨٧ ، ٤٩٢

ابن أبى عروبة = سعيد بن أبى عروبة

عروة بن الزبير بن العوام ٣٩٩

العز عبد السلام أمير العلماء ٢٦٠ ، ٢٧٧

ابن عساكر الحافظ ٣٠٢

ابن أبى عسرون (يعقوب بن عبد الرحمن بن أبى سعد

التميمي أبو يوسف) ٥٧ ، ١٠٨ ، ١٣١ ، ١٤٩ ، ١٦١ ، ١٦٣ ، ١٧١ ،

١٨٣ ، ١٨٥ ، ٢٢٠ ، ٢٤٣ ، ٢٥٨ ، ٢٦٦ ، ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٨ ، ٢٨٠ ،

٢٨١ ، ٢٨٤ ، ٣٠٧ ، ٣٣٥ ، ٣٤٩ ، ٤٢٢ ، ٤٧٧ ، ٤٨٣ ، ٤٨٤ ، ٤٨٩ ،

٥٠٦ ، ٥٢١ ، ٥٢٥ ، ٥٥٨ ، ٥٨٤ ، ٥٩٧ ، ٦٠٣ ، ٦٠٧ ، ٦١١ ، ٦٢٥ ،

٦٢٧

عطاء بن أبى رباح ٣٠ ، ١٥٣ ، ١٥٩ ، ٦٠٩ ، ٦١٠

عقبة بن عامر الجهنى رضى الله عنه ٢٩٨ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠ ، ٣٢٠ ، ٣٢١

على بن أبى طالب كرم الله وجهه ٣٢٢ ، ٤٢٩ ، ٤٣٠ ، ٤٣٢ ، ٤٢٢

على بن الحسين (زين العابدين) أبو محمد ٤٣٢

على بن المدينى (على بن عبد الله بن المدينى شيخ البخارى) ٣٢١

العبرانى (القاضى أبو الخير صاحب البيان) ٥٦ ، ٥٩ ، ٦٢ ، ٦٦ ،

٦٧ ، ١٠٤ ، ١١١ ، ٢٨٠ ، ٣١٧ ، ٣١٨ ، ٣٦٨ ، ٤٤٧ ، ٤٨٦ ، ٤٨٧ ،

٥٥٣ ، ٥٥٨ ، ٥٦٩ ، ٥٧٤ ، ٥٨١

أبو عمر بن عبد البر = ابن عبد البر أبو عمر الحافظ

عمر بن الخطاب الفاروق رضى الله عنه ٢١٣ ، ٣٢٢ ، ٣٩٩ ، ٤٢٩ ،

٤٣٠ ، ٤٣٢ ، ٤٣٣

عمر بن عبد العزيز ٣٢١ ، ٣٣٩ ، ٤٣٠

عمرو بن حريث ٥١٦

عمرو بن على ٤٠٠

أبو عمرو الأوزاعى = الأوزاعى عبد الرحمن بن عمرو

عمرو بن عوف المزنى ١٩٧ ، ١٩٩

أبو عمرو الدبائى ٣٧٢

عمير بن سعد ٣٠٣

ابن عياش وهو اسماعيل ٣٠١

عياض القاضى = عياض اليحصبى ١٩٩

عيسى بن عبد الله بن ماهان التميمى ٣٠٠

ابن عيينة = سفبان

حرف الفين

الصفحة

الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد ابن محمد الطوسي حجة الاسلام
صاحب الوجيز والوسيط والبسيط والاحياء وغيرها) ١٧ ، ١٣ ، ٥ ، ٤ ،
٢٠ ، ٢٢ ، ٢٨ ، ٤٤ ، ٤٥ ، ٥٩ ، ٦٦ ، ٧٨ ، ٩٤ ، ٩٧ ، ٩٨ ، ٩٩ ،
١٠٣ ، ١١٣ ، ١١٤ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٣٠ ، ١٣٣ ، ١٣٤ ، ١٤٣ ، ١٤٧ ،
١٤٨ ، ١٦٢ ، ١٦٧ ، ١٧١ ، ١٧٣ ، ١٧٤ ، ١٧٥ ، ١٨٦ ، ١٩١ ، ١٩٦ ،
٢٠٤ ، ٢١٥ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢١٩ ، ٢٢٤ ، ٢٣٠ ، ٢٤٤ ، ٢٥١ ، ٢٥٢ ،
٢٥٣ ، ٢٥٥ ، ٢٥٧ ، ٢٦٠ ، ٢٦١ ، ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، ٢٨٤ ، ٣١٢ ،
٣١٧ ، ٣٢٧ ، ٣٣٦ ، ٣٣٧ ، ٣٣٨ ، ٣٣٩ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ، ٣٤٢ ، ٣٤٣ ،
٣٤٤ ، ٣٤٦ ، ٣٤٩ ، ٣٥١ ، ٣٦٨ ، ٣٧٠ ، ٣٧٤ ، ٤٠٦ ، ٤٠٧ ، ٤٠٨ ،
٤١٠ ، ٤١١ ، ٤١٤ ، ٤٢٠ ، ٤٢٥ ، ٤٣٢ ، ٤٤١ ، ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، ٤٦٠ ،
٤٦١ ، ٤٦٢ ، ٤٦٣ ، ٤٦٦ ، ٤٧٠ ، ٤٧١ ، ٤٧٣ ، ٤٧٥ ، ٤٧٦ ، ٤٨٣ ،
٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٤٩٣ ، ٤٩٨ ، ٤٩٩ ، ٥٠٠ ، ٥٠١ ، ٥٠٢ ، ٥٠٥ ،
٥٠٦ ، ٥١٢ ، ٥١٣ ، ٥١٥ ، ٥٢٦ ، ٥٢٨ ، ٥٢٩ ، ٥٣٦ ، ٥٣٧ ، ٥٣٨ ،
٥٥٠ ، ٥٥٤ ، ٥٦٢ ، ٥٧٤ ، ٥٧٥ ، ٥٨٣ ، ٥٨٤ ، ٥٨٧ ، ٥٩٤ ، ٦٠٤ ،
٦١٢ ، ٦٢٥

أبو الفنائم (المسلم بن محمد بن المسلم بن علان) ٧٨

حرفة القاء

ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا) ٣٠٤
الفارقي (الحسن بن ابراهيم بن علي بن علي) ١٠٢ ، ٢٠٠ ، ٣٥٧ ،
٤٤٦ ، ٤٨٠ ، ٤٨١ ، ٤٨٣ ، ٤٨٦ ، ٤٨٧ ، ٤٩٥ ، ٥٦٩
أبو الفتح القشيري (عبيد الله بن عبد الكريم بن هوازن القشيري)
٢١٨ ، ١١٧

أبو الفتوح العجلي (أسعد بن محبوب بن خلف الأصبهاني) = العجلي
الفسوي يعقوب (ابن سفيان بن جوان الفارسي أبو يوسف
ابن أبي معاوية الفسوي الحافظ) ٣٠١
الفضيل بن سليمان ٣١

الفلاس عمرو بن علي ٣٠٠
الغوراني (صاحب الابانة) عبد الرحمن بن أحمد بن محمد ٤٨ ،
٥٩ ، ٨٣ ، ١٠٨ ، ١٤٣ ، ١٦٤ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٤٣ ، ٢٨٤ ، ٢٨٥ ،
٣٤٩ ، ٣٥١ ، ٣٩٤ ، ٤٧٦ ، ٥٢٥ ، ٥٣٠ ، ٥٣٢ ، ٦١٦ ،
الفيروزبادي (صاحب القاموس) ٣٧٠

حرف القاف

ابن القاسم صاحب مالك ٢٠٨ ، ٣٩
أبو القاسم الكرخي (منصور بن عمر بن علي البغدادي) ١٠٨ ، ٧٥ ،
١٣٣

الصفحة

أبو القاسم = الداركي
ابن القاص (أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري) ٣٧ ،
٣٤٩ ، ٣٥٠ ، ٣٥١ ، ٣٦٩ ، ٣٧٨
قتادة بن دعابة السدوسي التابعي الأكمه ٣٠٢ ، ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٤٣٠ ،
ابن قتيبة الدينوري (عبد الله بن مسلم أبو محمد) ٦٦ ، ١٠٤ ،
٢٠٢
قرة بن خالد ٢٠٥

القزويني (عبد الغفار بن عبد الكريم بن عبد الغفار نجم الدين القزويني)
٢١٧

القشيري أبو الفتح الشيخ عبد الكريم = القشيري
ابن القطان أبو الحسين بن الفضل القطان ١٤٢ ، ٥١٩ ، ٥٣١ ،
٥٩٣

القفال (محمد بن علي بن اسماعيل القفال الكبير) ١٦ ، ٣٠ ، ٧٥ ،
٧٦ ، ١٢٣ ، ١٢٦ ، ١٦٨ ، ٣١٧ ، ٣٣٥ ، ٣٣٧ ، ٣٣٩ ، ٣٤١ ، ٣٤٢ ،
٣٤٩ ، ٣٨٧ ، ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٣٩١ ، ٣٩٥ ، ٤٦٨ ، ٥٠٠ ، ٥٠١ ،
٥٠٢ ، ٥٠٣ ، ٥٠٤ ، ٥١٠ ، ٥٣٥ ، ٥٤٥

حرف الكاف

كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه ١٩٧ ، ١٩٩ ،
ابن كج (يوسف بن أحمد بن يوسف القاضي أبو القاسم) ٢٤٥ ، ٥١٩ ،
٥٤٦

الكرائيسي (الحسين بن محمد) ٣٧٦
الكرخي = أبو القاسم

حرف اللام

الليث بن سعد المصري ٣١ ، ١٥٩ ، ١٦١ ، ٢٠٧ ، ٤٢٩ ،
ليث بن أبي سليم ١٩٧
الليثي = عثمان
ابن أبي ليلى (عبد الرحمن) ٣١ ، ٣٢ ، ١١٨ ، ١٣٣ ، ١٩٨ ، ٢٠٧ ،
٢٥٠ ، ٤٣٠ ، ٤٥١ ، ٥٢٦ ، ٥٤٧ ، ٦١٠

حرف الميم

ابن ماجه (أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني صاحب السنن) ٣٠ ،
٣١ ، ١٩٤ ، ١٩٥ ، ١٩٧ ، ٢٠٥ ، ٢٢٩ ، ٣٠٣ ، ٣٩٨ ،
٢٠٢
المازني
المسرجسي (أبو الحسن علي بن سهل بن مصلح) ١٥ ، ٤٣٣

القيمة

مالك بن انس بن مالك بن ابي عامر الاصبحي امام الائمة ٣٠ ، ٣١ .
 ٣٩ ، ٥٤ ، ١٠٥ ، ١١٦ ، ١١٨ - ١٢٠ ، ١٤٥ ، ١٤٨ ، ١٥٥ ، ١٥٦ ،
 ١٥٧ ، ١٦٦ ، ١٩٤ ، ٢٠٨ ، ٢٠٩ ، ٢١٤ ، ٢١٥ ، ٢٢٠ ، ٢٦٢ ،
 ٣٨٠ ، ٤٠٢ ، ٤٠٤ ، ٤٠٥ ، ٤٠٧ ، ٤٢٩ ، ٤٤٧ ، ٤٥١ ، ٥٠٥ ، ٥١٨ ،
 ٥١٩ ، ٥٢٤ ، ٥٥٣ ، ٥٧١ ، ٦٠٨ ، ٦٠٩ ، ٦١٠ ، ٦١٣ ، ٦١٨ ، ٦٢٣ .
 ٦٢٤

المأوردى أبو الحسن على بن محمد بن حبيب

٨ ، ٧ ، ٥ ، ٣ ، ٢ ، ٣٨ ، ٣٧ ، ٣٣ ، ٣١ ، ٢٧ ، ١٩ ، ١٦ ، ١٤ ، ١٣ ، ١٢ ، ١١ ، ٩ ، ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٧ ، ٤٩ ، ٥٠ ، ٥٤ ، ٥٦ ، ٥٧ ، ٥٨ ، ٦٦ ، ٦٧ ، ٦٨ ، ٧١ ، ٧٦ ، ٨١ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٤ ، ٨٥ ، ٨٦ ، ٨٧ ، ٨٨ ، ٨٩ ، ٩٠ ، ٩٥ ، ٩٦ ، ٩٧ ، ١٠٠ ، ١٠٢ ، ١٠٥ ، ١٠٨ ، ١٠٩ ، ١١١ ، ١١٢ ، ١١٩ ، ١٢٣ ، ١٣٤ ، ١٣٥ ، ١٤٤ ، ١٤٦ ، ١٤٨ ، ١٥١ ، ١٥٢ ، ١٥٣ ، ١٥٤ ، ١٥٦ ، ١٥٧ ، ١٦١ ، ١٦٢ ، ١٧٢ ، ١٧٣ ، ١٧٦ ، ١٧٧ ، ١٧٨ ، ١٨٠ ، ١٨٣ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، ١٨٧ ، ١٩٩ ، ٢١٤ ، ٢١٥ ، ٢١٧ ، ٢١٩ ، ٢٢٤ ، ٢٢٦ ، ٢٢٨ ، ٢٣٤ ، ٢٣٦ ، ٢٣٨ ، ٢٣٩ ، ٢٤١ ، ٢٤٢ ، ٢٤٧ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٢٥٩ ، ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، ٢٦٦ ، ٢٦٩ ، ٢٧٢ ، ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٦ ، ٢٧٧ ، ٢٨٣ ، ٢٨٤ ، ٢٨٦ ، ٢٩١ ، ٢٩٢ ، ٢٩٤ ، ٢٩٧ ، ٣٠١ ، ٣١٠ ، ٣١١ ، ٣١٧ ، ٣١٩ ، ٣٢٣ ، ٣٢٧ ، ٣٢٨ ، ٣٣٤ ، ٣٣٥ ، ٣٣٦ ، ٣٣٩ ، ٣٥٠ ، ٣٥١ ، ٣٦٢ ، ٣٦٥ ، ٣٦٧ ، ٣٦٨ ، ٣٧٠ ، ٣٧١ ، ٣٧٢ ، ٣٧٣ ، ٣٨٢ ، ٣٨٥ ، ٣٨٩ ، ٣٩٥ ، ٣٩٦ ، ٣٩٧ ، ٤٠٠ ، ٤٠٩ ، ٤١٥ ، ٤١٦ ، ٤١٩ ، ٤٢١ ، ٤٢٢ ، ٤٢٥ ، ٤٢٦ ، ٤٢٧ ، ٤٢٨ ، ٤٣٨ ، ٤٥٥ ، ٤٥٦ ، ٤٦٤ ، ٤٦٥ ، ٤٧٦ ، ٤٨٠ ، ٤٨٢ ، ٤٨٣ ، ٤٨٧ ، ٤٩٢ ، ٤٩٧ ، ٥٠٥ ، ٥٠٧ ، ٥١٠ ، ٥١١ ، ٥١٥ ، ٥٢٩ ، ٥٣٢ ، ٥٣٧ ، ٥٣٨ ، ٥٣٩ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ ، ٥٤٦ ، ٥٥٨ ، ٥٥٩ ، ٥٦٣ ، ٥٧٤ ، ٥٨١ ، ٥٩٠ ، ٥٩١ ، ٥٩٢ ، ٥٩٦ ، ٥٩٨ ، ٦٠٠ ، ٦٠١ ، ٦٠٢ ، ٦١١ ، ٦١٢ ، ٦١٤ ، ٦١٥ ، ٦١٦ ، ٦١٩ ، ٦٢٠ ، ٦٢١ ، ٦٢٢ ، ٦٢٥ ، ٦٢٦ ، ٦٢٧

متعم بن نويرة ٢٠٠

[illegible]

الصفحة

٥٤٩ ، ٥٥١ ، ٥٥٢ ، ٥٥٣ ، ٥٥٥ ، ٥٥٦ ، ٥٦٠ ، ٥٦١ ، ٥٦٥ ،
٥٦٧ ، ٥٦٨ ، ٥٦٩ ، ٥٧٣ ، ٥٧٥ ، ٥٧٧ ، ٥٨٠ ، ٥٨١ ، ٥٨٤ ، ٥٩١ ،
٥٩٦ ، ٦١٦ ، ٦٢٥ ، ٦٢٨

مجاهد بن جبر ١٩٦ ، ١٩٧

المحاملي (أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم بن اسماعيل
ابن محمد بن اسماعيل بن سعيد بن أبان الضبي المحاملي) ٤ ،
٩ ، ١٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ٤٢ ، ٤٣ ، ٥٨ ، ٦٠ ، ٦٨ ، ٧١ ، ٧٦ ،
٩٦ ، ١٠٠ ، ١٠٦ ، ١٣١ ، ١٣٢ ، ١٣٥ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٨٣ ، ١٨٥ ،
١٩٠ ، ١٩١ ، ٢٣٦ ، ٢٨٥ ، ٣٠٥ ، ٣٠٨ ، ٣٤٨ ، ٣٥٦ ، ٣٩٨ ، ٤٢٢ ،
٤٥٧ ، ٤٦٤ ، ٤٨٩ ، ٥٢١ ، ٥٢٢ ، ٥٢٥ ، ٥٣٩ ، ٥٨٣ ، ٦٠٦ ، ٦٢٤ ،
٦٢٧

محمد بن أحمد الأزهرى صاحب الزاهر ٨٠ ، ٢٠١ ، ٣٠٢ ، ٤٠٠ ،
٤٠١

محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة أبو عبد الله البخارى
رضى الله عنه = البخارى

محمد بن بشار بNDAR شيخ البخارى ٣٠٣

محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة ١٤٥ ، ٢٥٠ ، ٢٩٣ ،
٣٢٣ ، ٣٣٥ ، ٣٤٨ ، ٣٨٠ ، ٤٣٤ ، ٤٦٥ ، ٥٢٦ ، ٦٠١

محمد بن زياد ١٩٦ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦

محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان ٢١٤

محمد بن عبد الرحمن الحضرمي ٢٧٤

محمد بن أبي عدي = ابن أبي عدي ١٩٨ ، ٢٤٩

محمد بن علي بن الحسين أبو جعفر الباقر ٤٣٢

محمد بن موسى أبو بكر ٤٦

محمد بن يحيى بن منصور تلميذ الغزالي ٤٣٢

مخلد بن خفاف ٣٩٩ ، ٤٠٠

أبو بكر المخزومي ٣٠٢

ابن المديني علي بن عبد الله شيخ البخارى ٣٢١

ابن المرزبان علي بن أحمد ٥٥٩

المرعشي ٤٣٨ ، ٥٠٨ ، ٥٩٣

المروزي ابراهيم بن أحمد أبو اسحاق = أبو اسحاق المروزي

المروزي القاضي أبو حامد = أحمد بن بشر بن عامر

الزنى اسماعيل بن يحيى صاحب الشافعي وصاحب المختصر للام ٧١ ،

١٣٧ ، ١٧١ ، ١٧٣ ، ١٧٤ ، ١٧٥ ، ١٧٦ ، ١٧٧ ، ١٧٩ ، ١٨٠ ، ١٨١ ،

١٨٢ ، ١٨٤ ، ١٩٤ ، ١٩٦ ، ٢٠١ ، ٢٠٣ ، ٢٩٨ ، ٣٨٣ ، ٤٢١ ، ٤٦٧ ،

٥٠٠ ، ٥٠٤ ، ٥٠٥ ، ٥٠٧ ، ٥١٨ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٤٢ ، ٥٧٧ ، ٥٧٨ ،

٥٧٩ ، ٥٩٤ ، ٥٩٥ ، ٦٠٨ ، ٦١٢ ، ٦١٣

مسلم بن الحجاج القشيري ٢٣ ، ١١٥ ، ١١٦ ، ١٤٩ ، ١٩٤ ، ١٩٦ ،

١٩٩ ، ٢٠١ ، ٢٠٥ ، ٢٠٧ ، ٢٩٩ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٣١ ، ٣٩٩

مسلم الدارنى تلميذ الشيخ أبى ٥٨٣

الصفحة

- مسلم بن خالد الزنجي شيخ الشافعي ٣٩٨ ، ٣٩٩ ، ٤٠٠
ابن المسيب سعيد بن المسيب بن حزن افضل التابعين واحد
الفتهاء السبعة ٣٢١ ، ٤٣٠
ابو المظفر ٤٣٣
معاوية بن أبي سفيان ٢١٣ ، ٣٠٠
معمر بن راشد ٢١٤
ابن مومن ٣٣١ ، ٣٦١ ، ٤٨٢
ابن معين = يحيى
ابن المغلس ٢٠٥
المقدسي نصر بن ابراهيم بن نصر ٧١ ، ١٠٥
المقدسي = يوسف بن اسماعيل
المقدمي عمر بن علي المقدمي ٣٩٩ ، ٤٠٠
ابن مقلص (عبد العزيز بن مقلص) ٤٧٦
مكحول امام الشام ٣٠٢ ، ٣٠٣
ابن المنذر (ابو بكر محمد بن اسحاق الحافظ) ١٤٩ ، ١٦٧ ، ٢١٩ ،
٢٢٣ ، ٢٣٠ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٥٠ ، ٢٧٠ ، ٣٣١ ، ٤٠١ ، ٤٣٠ ، ٤٣٨ ،
٤٣٩ ، ٥١٧ ، ٥١٨ ، ٥٥٣ ، ٥٦٩ ، ٥٧٢ ، ٦١٠
المنذري الحافظ عبد العظيم بن عبد القوي ١٩٧
ابو مسهر الفسائي واسمة عبد الاعلى ٣١٠
موسى بن يسار ١٩٥ ، ٢٠٥

حرف النون

- ناصر الدين البيضاوي محمد بن احمد بن سعد صاحب المصباح ٣٧٠
النخعي ابراهيم بن يزيد بن قيس بن الاسود ١٤٩ ، ١٥٣ ، ٤٠١ ،
٤٣٠ ، ٤٣٧ ، ٤٣٨
النسائي (عبد الرحمن بن شعيب) صاحب المجتبى والسنن ١٩٤ ،
١٩٥ ، ٢٠٥ ، ٣٩٩
النعمان بن ثابت = ابو حنيفة الامام رضى الله عنه
ابن نمير محمد بن عبد الله بن نمير ١٩٧
النهدي ابو عثمان عبد الرحمن بن مل ٢١٤ ، ٦٠٩

حرف الهاء

- ابو عمر الهذلي صاحب الاستقضاء ٥٦٠
ابو سعيد الهروي ٢٠٢ ، ٣٣٣ ، ٣٣٧ ، ٣٤١ ، ٣٥٩ ، ٤٩٨ ، ٥٥٤ ،
٥٥٥ ، ٥٦١ ، ٥٦٢
ابو هريرة (عبد الرحمن بن صخر رضى الله عنه) ١١٦ ، ١٩٤ ،
١٩٥ ، ١٩٦ ، ١٩٧ ، ١٩٩ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، ٢٠٩ ، ٢١٠ ، ٢١٣ ،
٢١٤ ، ٢١٦ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، ٢٣٩ ، ٣٠٢

أبو علي ابن أبي هريرة (الحسن بن الحسين بن أبي هريرة) ٣ .
 ٩ . ٢٤ ، ٤٣ ، ٥٤ ، ٥٦ ، ٥٧ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٧٧ ، ١٠٨ ، ١١٠ ،
 ١١١ . ١١٣ ، ١١٤ ، ١٨٤ ، ١٨٧ ، ١٩٦ ، ٢١٩ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ ،
 ٢٢٣ ، ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، ٢٢٨ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٤ ، ٢٣٦ ، ٢٥٣ ،
 ٢٥٤ ، ٢٦٢ ، ٢٦٤ ، ٢٨٣ ، ٢٩٤ ، ٣١٠ ، ٣١٤ ، ٣١٩ ، ٣٢٣ ، ٣٩٠ ،
 ٥٢٥ ، ٥٣٢ ، ٥٤٦ ، ٥٩٧ ، ٥٩٩ ، ٦٠٠ ، ٦٠١ ، ٦٠٥ ، ٦٠٦ ، ٦١١ .
 ٦١٤

حرف الواو

حرف الياء

خامسا : فهرس الأحكام

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	وفي الوسيط حكاية اذا	٣	مسائل المعدن
	لم يتضرر لم يجبره على		يدخل ما في باطن الأرض
٦	النقل	٣	من المعدن في بيعها
	والماوردي أراد بالضرر		والنفط والقطار زيت في
٧	الزرع والغراس	٣	الأرض
	فان كان المشتري عالما		ولا تدخل في بيع الأرض
	بها فلا أجره له على البائع	٣	الحجارة والركاز
٧	في قطعها		أما الأحكام ففيه مسالتان :
	(الحالة الثالثة) أن يكون		(احدها) المعدن باطن
	تركها تضر لقربها من عروق	٣	وظاهر
	الغراس والزرع وقطعها مضر		ولا يجوز بيع معدن
٧	لها في الأرض	٣	الذهب بالذهب
	(ثالثها) الفرق بين النقل		وفي الجمع بين بيع وصرف
	قبل القبض فلا يجب أو بعده	٣	تولان
٨	فيجب		وجزم الغزالي وحمله على
	وأطلق الرامعي الخلاف	٤	ذلك قول الإمام
٨	في وجوب الأجرة هكذا		(الثانية) اذا باع أرضا
	ومن جملة أقسام ما فرضه	٤	فيها ركاز
	أن يكون عالما بالحجارة		سواء كان من دفين
٨	جاهلا بضررها	٤	الجاهلية أو من دفين الاسلام
	القماش هو ما على وجه		(المسألة الثالثة) الأحجار
	الأرض من بقايا المتاع	٤	على ثلاثة أقسام
٩	والأشياء		(الأول) أن تكون مخلوقة
	والشافعي في الأم أطلق		في الأرض وهو على ثلاثة
	وجوب التسوية ولم يفصل	٤	أضرب
٩	بين ما قبل القبض وبعده		(الأول) أن يضر بالزرع
	لو عدم ذلك التراب	٤	والغرس جميعا فهو عيب
	بالكلية وكان له قيمة ينبغى		(الضرب الثاني) يضر
	أن يكون كتلف بعض المعتود	٥	بالغراس دون الزرع
١٠	عليه		(الضرب الثالث) أن لا
	(والحالة الثانية) أن لا		تكون مضره بالغراس ولا
	يكون في قطعها ضرر ويكون	٥	بالزرع لبعدها بينهما
١١	في تركها ضرر		(القسم الثاني) من
	(الحالة الرابعة) أن		أحوال الحجارة أن تكون
	يكون في قطعها ضرر ولا يكون	٥	مبنية في الأرض
	في تركها ضرر فله المشتري		(القسم الثالث) أن تكون
١٢	الخيار اذا كان جاهلا	٦	مخفونة فيها كما فرضه
			المصنف

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
١٧	زرعا وباعها مع الزرع وتحتها أحجار (فرع) قال الغزالي فيما نقل ابن أبي الدم : أن العراقيين نقلوا أنه يجب على الغاصب أرش نقصان الحفر	١٣	(فرع) تقدم أنه إذا لم يكن في القلع ضرر أو كان فيه ضرر يسير (فرع) في هذه الحالة فأما الغراس الذي وعدت بذكره
١٧	(فرع) زرع المشتري الأرض ولم يعلم أن تحتها حجارة وفي قلعها هلاك الزرع (فرع) شبه المتولى الخلاف في ثبوت الخيار إذا اشترى الأرض وغرسها بعد الشراء ثم ظهر فيها أحجار	١٣	وإن أحدثه جاهلا نفى ثبوت الخيار وجهان
١٨	(فرع) من تنمة الكلام في المسائل المتقدمة لو كان الغراس داخلا في بيع الأرض ونقل الحجارة مضر به	١٤	وأما نقص الغراس (فرع) تكلم الإمام وقبله القاضي حسين
١٨	(فرع) قال الرانسي رحمه الله : لو باع دارا في طريق غير نافذ دخل حريمها في البيع	١٤	(فرع) ذكره المحاملي قال أبو اسحاق : إذا باع عبدا فقل المشتري : هو أبقي
١٩	قال الإمام : والبناء عندي بالنسبة إلى البستان كالشجرة بالاضافة إلى الدار (فرع) قول الغزالي في الوجيز أن الأظهر عدم الدخول يعني به الأظهر من الطرق	١٥	(فرع) ذكر الإمام في آخر كلامه كالضابط لما تقدم أنه مهما فرض ضرر لا يندفع (فرع) تقدم أن الأصح في الأجرة أنها لا تجب قبل القبض وتجب بعده
٢٢	وإن باع نخلا وعليها طلع غير مؤبر	١٥	(فرع) تقدم الكلام في أن للمشتري الخيار عند وجود شروطه المتقدمة
٢٢	من اصطلاح متأخري الأصحاب أن الأظهر الراجح من الأقوال . . الخ (أما الأحكام) فيبيع الشجر إن كان بشرط القطع جاز مطلقا	١٦	(فرع) إذا اختسار المشتري الإمساك وفي أرش النقص طرق (فرع) قال الروياني : فلو كان قلع الأشجار يضر وتركها لا يضر
٢٢		١٦	(فرع) إذا غرس المشتري بعد العلم بالحجارة سقط رده
٢٢		١٧	وإن كان قلعها يضر وتركها لا يضر فإن اختار القلع فعليه أرش النقص قولا واحدا
٢٤		١٧	(فرع) قال الروياني وغيره : ولو كان البائع زرع

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣٢	وأجاب الأصحاب بعد النمسك بالحديث (تتمة) استدلال الأصحاب وقول المصنف : ولأن ثمرة النخل كالحمى	٢٥	أما الخلاف (بضم الخاء وتشديد اللام) الذى يقطع فى كل سنة من وجه الأرض وقد يستحق غير المالك المنفعة لا الى غاية
٣٣	وكلام الشافعى صريح فى أن الحمى لا يقابله قسط من التمن	٢٦	ولو كانت الأرض غير مملوكة لبائع البناء والغراس فلا يتخيل فيها ملك الأرض أما اذا كان فى أرض مغصوبة فحكى الماوردى فى كتاب الغصب
٣٤	أما الاعتراضات فان المعنى فى الحمى لا يجوز افراده بالمعقد	٢٧	وهذه الأحكام كلها جارية فى جميع الشجر اذا عرفت هذه المقدمة فماذا باع نخلا دخل جريدها وسعفها
٣٤	(فائدة) كلام الشافعى كالصريح فى افادة الاجماع على دخول الحمى فى بيع الأم	٢٨	(والدليل الثالث) من الحديث
٣٥	قال ابن الرغمة : وفى معناه كل تمليك جرى بالاختيار من المالك	٢٩	وأما الوجه الثالث الذى ذكره الشيخ أبو حامد فهو راجع الى المفهوم
٣٥	(منها) لو وهبها حيث لا ثواب وهى حامل لا يتبعها الحمى الجديد	٢٩	فأما رواية ابن ماجه ففى مسندنا الفضيل بن سليمان وليس بالقوى
٣٥	(ومنها) لو خرجت عن ملكه بعوض	٣٠	قال الماوردى : وروى أن النبى ﷺ أنشد قول الأعرابى
٣٥	(قلت) قضية الماخذين أن الأب لو رجع فى الجارية التي وهبها لابنه وهى حامل	٣١	(فرع) فى مذاهب العلماء واقفنا على دخول الطلع والترفة بين ما قبل التابير وبعده مالك وأحمد والليث وداود والطبرى
٣٦	قال القاضى حسين فى كتاب امهات الأولاد	٣١	وقال أبو حنيفة والكوفيون والأوزاعى لا يدخل بكل حال فأخذ بالمنطوق دون المفهوم
٣٦	(قاعدة) العقود التى يملك بها النخل والشر أربعة أضرب	٣٢	وأخذ الشافعى بالمنطوق والمفهوم
٣٦	(أحدها) عقد معاوضة على وجه المراضاة	٣٢	واحتجت الحنفية ومن وافقهم بأنها ثمرة برزت عن شجرها
٣٦	(الضرب الثانى) ما ملك بمعاوضة على غير وجه المراضاة		
٣٦	(الضرب الثالث) عقد على سبيل المراضاة من غير معاوضة كالهبة والوصية		

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(ومنها) اذا جنى المدبر		(الضرب الرابع) ما لم يكن
٤٠	جناية تستغرق قيمته ثم مات السيد	٣٧	من عقود المعاوضات ولم يكن
	وأما الحديث فليس فيه		بأخوذا على وجه المراضاة
٤١	تعرض لذلك (فرع) اذا قلنا بأنه اذا	٣٧	(فرع) قال صاحب فيما
	استثنى الثمرة يشترط شرط		شد عن اصول الكوفيين
٤١	القطع		(فرع) وأما قول المصنف
	(فرع) اذا بقيت الثمار		قال الشافعي : وما تشق
٤١	غير المؤبرة للبائع بالاستثناء	٣٨	في معنى ما أبر لآته نماء
	(فرع) قال الماوردي :		ظاهر
	لو استثنى البائع نصف		ومن كلام الشافعي
٤٢	الثمره بطل العقد	٣٨	والبويطي يستفاد أن التأبير
	(فرع) قد علمت أن هذه		اسم لوضع طلع الفحال
٤٢	المؤبرة عند الاطلاق للمشتري		في الإناث
	(فرع) باع نخلة مطلعة		قال الماوردي : ومن
	ولم يقل للمشتري : انها	٣٨	النخل ما يكون ترك تلقيحه
٤٢	مؤبرة		أصح للثمره
	(فرع) بيع الطلع في		قال ابن عبد البر في
	قشره مفردا مقطوعا على	٣٨	التمهيد لم يختلف العلماء أن
٤٣	الأرض أو على النخل		الحائط اذا تشق طلع اناثه
	(فرع) قال الشيخ	٣٨	وأما البيع فلا ، حتى
	أبو محمد : اذا أبر الطلع		يصير زهوا
٤٣	وحكمنا ببقائه للبائع	٣٨	(فرع) دل الحديث على
	(فرع) باع نخلة لم يخرج		أن الثمره المؤبرة للبائع الا أن
	طلعها فانه يخرج طلعا على	٣٩	يشترط المبتاع
٤٣	ملك المشتري		(فرع) هذا الاشتراط هل
	(فرع) لو شرط غدير	٣٩	حكمه حكم البيع ؟
٤٤	المؤبرة للمشتري كان تأكيدا		(فرع) قال أصحابنا :
	(غرضان) ذكرهما		يحصل تسليم الشجرة مع
٤٤	ابن سريج ونقلهما الشيخ	٣٩	كون الثمار المؤبرة عليها
	أبو حامد		للبيع
	(أحدهما) اشترى نخلة		(فرع) فأما غير المؤبرة
٤٤	فأثرت	٤٠	فقد علم أنها عند الاطلاق
	(الثاني) اشترى أرضا		تكون للمشتري
٤٤	عليها نخيل مؤبرة		وجعلوا هذه قاعدة أن
	(فائدة) الغزالي في	٤٠	ما أشرف على الزوال هل
	المستصفي من المنكرين لهذا	٤٠	يعطى حكم الزائل ؟
	المفهوم ، ولكنه في كتبه	٤٠	وخرجوا على ذلك مسائل
٤٤	الخلافة	٤٠	(منها) اذا باع دارا
			واستثنى منفعتها لنفسه سنة
			هل يصح ؟

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	ثم قال الشافعي : ومن		ليس في شيء من كتب
٥٠	باع نخلا قبل أن تؤبر الإناث		الفزالي باسم التحضير ولعله
	(فائدة) اطلق المصنف		مصحف التحصين وهو كتاب
٥٠	الوجهين في هذا الكتاب	٤٥	(تحصين المآخذ)
	(فرع) قال الماوردي :		وأما الأول فلأن الخلع
	إذا أخذ طلع الفحل جاز	٤٦	لا يتفق إلا في حالة الشقاق
٥٠	بيعه		(فائدة أخرى) في التأبير
	(فائدة) ادعى بعضهم		عن جابر « أبصر النبي ﷺ
	أنه ليس في خصوص مسألة		الناس يلتحقون فقال :
٥٠	الفحل	٤٦	لا لقاح ،
	(فرع) باع فحالا لا طلع		تضمن الحديث النهى عن
٥١	عليه	٤٦	اللقاح ثم الإذن فيه
	وأن باع حائطا أبر بعضه		ومال الحازمي إلى أن ذلك
	دون بعض جعل الجبيع		ليس بحكم شرعى والحديث
٥١	كالؤبر	٤٦	المذهبين
	(أما الأحكام) ففي هذه		وأن باع فحالا وعليه طلع
٥٢	الجملة مسألتان		لم يتشقق ففيه وجهان
	(الأولى) إذا باع حائطا		(أحدهما) أنه لا يدخل في
٥٢	أبر بعضه	٤٦	بيع الأصل
	وقد وقع في كلام ابن حزم		(والثاني) أنه يدخل
	ما يقتضى أن لفظ الحديث :	٤٦	في بيع الأصل
٥٢	وفيها ثمة		الفحل بضم الفاء وحاء
	أن الحكم بتبعية الأساس	٤٧	مهملة مشددة ذكر النخل
٥٣	أمر ضروري لصحة البيع		(أما الأحكام) فقال
	وأما إذا كان الحائط		الأصحاب تبعا للشافعي :
٥٣	أنواعا	٤٧	إذا كان في النخل محول
	(فرع) هذا كله فيما إذا		قال الماوردي : هذان
٥٤	باع الجميع		الوجهان مخرجان من اختلاف
	وأما عند اختلاف النوع	٤٧	أصحابنا في طلع الإناث
٥٥	فغريب		وقال الجوري : إذا كان
	قال ابن الرمة : يشترط		فيها محول فقد اختلف
	أن يكونا في إقليم واحد بل	٤٨	أصحابنا
٥٥	في مكان طبعه واحد		وقال القاضي حسين :
	وأما عند اختلاف النوع		على هذا الوجه فيه وجهان
٥٥	فغريب	٤٨	كما في طلع الإناث
	(فرع) هذا الحكم المذكور		وحكى في الحاوي وجهها
	من أول الفصل إلى هنا أن		وصححه أن طلع الإناث
٥٦	المؤبر لا يتبع النخلة المبعة	٤٩	لا يتبع طلع الذكور
	وأن كان له حائط أطلع		وأن كان طلع الذكور يتبع
٥٦	بعضه	٤٩	طلع الإناث

الاحكام	الصفحة	الاحكام	الصفحة
(فرع) لو باع كمام الورد		(الشرح) فيه مسألتان :	
قبل حصول الورد فيها	٦٥	(المسألة الأولى) اذا باع	
(الضرب الثاني) ما يقصد		جميع نخل البستان وقد أبر	
منه الورق كالتوت وشجره		بعضها	٥٧
المسمى بالفرصاد	٦٥	(قلت) وقد تقدم ان قول	
(فائدة) الياسمين بكسر		ابن أبي هريرة الذي انتصر	
السين والأشهر جعل النون		له الماوردي مخالف لنص	
حرف اعرابه	٦٦	الشافعي الصريح	٥٧
وفي المسألة وجه ثالث		(قال ابن الرنعة) ولو	
حكاه الروياني عن جزم		كان بعض الولد ولم ينفصل	
الموردي به	٦٦	كله الا بعد البيع	٥٨
الخلاف — بضم الخاء		(المسألة الثانية) اذا أبر	
وتشديد اللام — الذي يقطع		بعض الحائط دون بعض	٥٨
أغصانه ويترك ساقه	٦٧	قال الشافعي : والكرف	
(فرع) قال صاحب		اذا بيع أصله كالنخل	٥٩
التتمة : المذهب في شجر		وأما الكرف المذكور فلا	
النبق كسائر الأشجار	٦٧	نعلم خلافا في الحاقه بالنخل	٦٠
وان كان ما يقصد منه		وقال القاضي حسين : انه	
الثمرة فهو على أربعة أضرب	٦٧	يبقى للبائع ولا يدخل في البيع	٦١
(أحدها) ما تخرج ثمرته		وان باع شجرا غير النخل	
ظاهرة من غير كمام ولا ورق		والكرف لم يخل اما أن	
دونها ولا حائل كالتين والعنب	٦٨	يقصد منه الورد أو الورق	
واعلم ان كلام المصنف		أو الثمرة	٦٣
في هذا الضرب والذي بعده		(الضرب الأول) ما يقصد	
يقضى بأن ما يظهر بعد العقد		منه الورد وهو على نوعين	٦٣
لا يكون تابعا لما عند		(أحدهما) ما يخرج في	
العقد	٦٩	ورق أخضر لا يشاهد منه	
(قلت) هذا اعتراض		شيء	٦٤
وجواب جيدان	٧٠	(قلت) وهذه الحكاية عن	
(والضرب الثاني) من		أبي حامد كان يغلب على ظني	
الضرب الثالث الذي يكون		أنها وهم	٦٤
المقصود فيه الثمرة	٧٠	(قلت) لعل الشيخ	
(والضرب الثالث)		أبا حامد اختلف كلامه في ذلك	٦٤
ما يخرج وعليه قشرتان		(النوع الثاني) من هذا	
كالجوز واللوز والرائج	٧٠	الضرب ما يبرز بنفسه	
قال الشيخ أبو حامد :		لا يحول دونه حائل	٦٤
أما الذي لا أشكال فيه		وقال الروياني : ان	
فالرمان والموز	٧١	البنفسج كالورد	٦٥

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(أحدهما) ينظر فان بلغ الحد الذى جرت العادة بجذاذه عليه فقد انتهى ملك البائع ما بعد تلك الجذة	٧٢	واعلم أن اللوز اذا كان أخضر صغيرا يؤكل فى قشرته (والرابع) ما يكون فى نور يتأثر عنه النور كالفتح والكثرى
٨٢	ويحتمل أن يقال : لا بد من شرط القطع	٧٣	(أما الأحكام) فاذا باع أصل التفاح والكثرى والسفرجل والأجاص والخوخ والمشمش
٨٣	(فرع) بنى الماوردى على الوجهين اللذين ذكرهما ما اذا كان الزرع بذرا	٧٣	والذى ذكره من لفظ الشائعى فى الصرف
٨٤	(فرع) باع الأرض وفيها البقول المذكورة بعد جذها	٧٤	(تنبيه آخر) أكثر الأصحاب جعلوا المشمش والفتح والخوخ من هذا القسم
٨٥	(فرع) اذا قلنا بوجود القطع فيما كان ظاهرا عند العقد	٧٦	(فرع) قال القاضى الماوردى : أن الكرم نوعان
٨٥	(فرع) من البقول ما يبقى أصله سنين	٧٦	(فرع) اذا باع أصلا عليه ثمرة ظاهرة
٨٦	(فرع) ظهر لك مما تقدم أن الأقسام	٧٧	وإن باع أرضا وفيها نبات غير الشجر
٨٧	(فرع) الموز أصله لا يحمل الا سنة واحدة ولم يرجع عندى هذا الاحتمال على الذى قبله	٧٨	وأما المعنى والأحكام فالأصرب الثلاثة فيه مختلفة
٨٨	فاذا علمت أن شجرة الموز لا يمكن قطعها من أصلها (فرع) هذه الأحكام التى تقدمت كلها فيها أطلق البيع وفى بيع الأرض طريقتان من أصحابنا من قال : فيه قولان لأنها فى يد البائع (وقوله) أن المنع من بيع دار المعتدة بالاقراء ليس لما ذكر . الخ	٧٩	يتعين أن يقسم القسم الأول الى قسمين (القسم الأول) الأصل الذى له ثمرة بعد ثمرة كالبونسج والترجس والبطيخ (القسم الثانى) وهو بعض القسم الأول فى كلام المصنف
٩١	(فان قلت) الحلاق بيع الأرض المزروعة بالدار المشحونة بالامتعة غير متجه	٧٩	٨٠
٩٢		٨١	فإن قلنا بأن الأصول لا تدخل فى بيع الأرض فهى باقية على ملك البائع
٩٣		٨٢	زاد الماوردى محسكى وجهين فى هل ينتظر به تنهاى جذاه

الاحكام	الصفحة	الاحكام	الصفحة
(قلت) شرط الحاق مسألة باخرى اشتراكهما في مناط الحكم	٩٣	(فرع) يشترط في بيع الارض المزروعة تقدم الرؤية على العقد	١٠٠
(التفريع) بائع الارض المزروعة اذا خلى بينها وبين المشتري فهل يحكم بصيرورتها في يده	٩٤	(فرع) اذا شرط دخول الزرع في البيع	١٠٠
(تنبيه) من قال بصحة تسليمها مزروعة لا شك انه يقول بصحة البيع	٩٥	(فرع) اذا اشترى ارضا رآها قبل البيع ولم يرها حين البيع	١٠٠
(فرع) لو انقطع الزرع قبل المدة لحاجة او جذة البائع قبل وقت حصاده	٩٥	(تنبيه) مراد المصنف بالارض المزروعة بزرع يحصد مرة واحدة	١٠١
(فرع) قال الرافعي : كل زرع لا يدخل في البيع لا يدخل	٩٥	(فائدة) قوله حتى يحصد يقال : احصد الزرع اى بلغ اوان الحصاد	١٠١
(فرع) عندنا لا يؤمر البائع بقطع الزرع الذى له في الحال	٩٦	وان باع ارضا فيها بذر لم يدخل البذر في البيع	١٠١
(فرع) لو كان المشتري جاهلا بالزرع	٩٦	اذا بطل البيع في البذر ففى بطلانه في الارض طريقتان	١٠٢
(فرع) في وجوب الاجرة على البائع في مدة بقاء الزرع في الارض	٩٦	(احداهما) انه على قولى تفريق الصفة (والطريقة الثانية)	١٠٢
(فان قلت) مقتضى ما ذكرت ان يكون الصحيح عدم وجوب الاجرة	٩٨	القطع ببطلان بيع الارض (قلت) ولا بد فيه من ملاحظة التبعية	١٠٣
(قلت) اما الغزالي فان الاصح عنده ان جناية البائع كالأجنبي	٩٨	اذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع لم يكلف قطع الثمرة الى اوان الجذاذ	١٠٤
(تنبيه) ما حكيت به في ماخذ وجوب الاجرة من ان المنافع متميزة عن المعقود عليه	٩٩	(اما الاحكام) فقال الشافعي والاصحاب : اذا اشترى نخلا وعليه ثمرة للبائع او كرسفا وهكذا لو زرع المشتري فاستحقها الشفيع لم يجبر المشتري	١٠٥
(فرع) وهو الكلام الثانى ان الامام جعل محل الخلاف في وجوب الاجرة في حالة الجهل	٩٩	(فرع) قال الشافعي والاصحاب : فاذا حصد الزرع فان مقى له اصول لا تضر بالارض	١٠٦
(فرع) ما تقدم من وجوب الإبقاء	١٠٠		

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(فرع) ظاهر كلام الإصحاب أنه يجب السقي بالماء الذي جرت العادة		(فرع) لو أصابت الثمار آفة وصارت بحيث لا تنمو
١١٤	أن يسقى منه تلك الأشجار	١٠٦	(فرع) لا يمنع البائع من الدخول في الحائط للسقي
	(فرع) أما الأرجح من هذه الأوجه صحح الرافعي	١٠٧	(فرع) ولا يستحق المشتري على البائع أجره
١١٤	قول الفسح	١٠٧	الأرض في مدة إقامة الزرع
	لا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط		(فرع) لو باع النخلة وعليها ثمرة مؤبرة
١١٤	القطع	١٠٧	فإن أصاب النخل عطش وخاف أن تشرب الثمرة الماء
١١٥	وقد كثر الزهو في الحديث يقال : زها النخل يزهو	١٠٧	(الشرح) تقدم أن الثمرة إذا بقيت للبائع لا يكلف
	فهذه أحاديث من رواية خمس من الصحابة تنع من	١٠٨	قطعها إلى أوان الجذاذ
١١٦	بيع الثمار قبل بدو الصلاح		(والأصح من القولين) الثاني القائل بالإجبار
	وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بجمله	١٠٨	(المسألة الثانية) إذا أحتاج أحدهما إلى سقى ماله
١١٧	هذا الحديث		ولم يكن على الآخر ضرر جاز له أن يسقيه
	(أما الأحكام) فقد قسم الشافعي والأصحاب ببيع	١٠٩	(المسألة الثالثة) إذا أحتاج أحدهما إلى السقى
١١٨	الثمرة إلى قسمين		وكان على الآخر ضرر
	(القسم الأول) أن يبيعهما قبل بدو الصلاح وذلك على	١١١	(الصورة الثانية) أن يضر بالثمرة
١١٨	قسمين		أما النخل فينبغه السقى أبدا
	(الأول) الأشجار للبائع أو لغير المتعاقدين وهذه	١١٢	(فائدة) قال الشيخ أبو حامد وغيره : قالوا :
١١٨	على ثلاثة أقسام		هلا قلتم في هذه المسائل
	(الثاني) أن يبيعهما بشرط القطع فالبيع صحيح بلا خلاف	١١٢	(فرع) حيث جعلنا للبائع السقى قال الشافعي
١١٩	(فرع) إذا باع بشرط القطع وجب الوفاء به		والأصحاب
	(فرع) قال في التتمة : إنما يجوز البيع بشرط القطع	١١٢	وأطلق الرافعي احتمال الامام
١٢٠	إذا كان المقطوع منتقما به		(فرع) القولان اللذان أطلقهما المصنف هل محلها
	(فرع) التسليم في ذلك هل يكون بالتخلية كما هو	١١٣	فيها إذا كان السقى متعذرا أو مطلقا
١٢٠	تسليم الثمار		
	(القسم الثالث) أن يبيعهما مطلقا لا بشرط القطع	١١٣	
١٢٠	ولا التبقية		

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	وكلام الشافعي في هذا		وأما اطلاق العقد وحمله
	الباب يدل على أن الحمل	١٢١	على الصحة فغير مسلم
١٢٨	ليس له قسط من الثمن		وأما القياس على ما بدا
	(فرع) هذا الحكم الذي	١٢١	صلاحها فلا يصح لوجهين
	ذكرناه من جواز بيع الثمرة		وأجاب أصحابنا أيضا
١٢٩	مع الأصول	١٢١	بوجهين
	(فرع) اطلاق المصنف		(أحدها) أن تأويل
	جواز بيع الثمرة مع الشجرة	١٢١	الراوى مرجوع اليه
١٣٠	قبل بدو الصلاح		(والثاني) أن ظاهر رواية
	(القسم الثالث) إذا		زيد وقوله : أنه حضر
	باع الثمرة وحدها من مالك	١٢٢	تقاضيه
١٣٠	الأشجار		(فرع) قد ذكرنا أن
	(فرع) على هذا الوجه		العقد المطلق محمول على
١٣١	لا يجب الوفاء بهذا الشرط	١٢٢	شرط التيقية
	وأن باع الثمرة ممن يملك		والرافعي نقل مسألة
١٣٢	الأصل	١٢٣	الحصرم عن القفال
	والأقسام التي في الثمار		واعلم أن ههنا أمورا
١٣٣	عائدة بعينها في الزرع	١٢٣	أربعة يجب التمييز بينها
	(القسم الأول) أن يبيعها	١٢٣	(أحدها) العرف
١٣٣	مفردة عن الأرض		(والثاني) العادة :
	واعلم أن الأصحاب اتفقوا		وينقسم كل منها الى عام
	فما اعلم على اشتراط شرط	١٢٣	وخاص
١٣٣	القطع في هذا القسم		والمراد بالمصرف ما يكون
	أما الزرع الذي يعتاد		سببا لتبادر الذهن من لفظ
	ايقاؤه فبئى باعه بغير شرط	١٢٣	الى معنى من اللفظ
١٣٤	القطع فسد		والمراد من العادة ما هو
	(القسم الثاني) أن	١٢٣	بالوف من الأفعال
١٣٥	لا يباع الزرع مع الأرض		(فرع) لو باع ثمرة لم يبد
	(تنبيه) اطلاق المصنف	١٢٥	صلاحها على شجرة مقلوعة
	جواز بيع الزرع والثمرة		إذا اشترها قبل بدو
١٣٥	مع الأرض	١٢٥	الصلاح بشرط التيقية
	(القسم الثالث) إذا		(فرع) إذا اشترى ذلك
	باع الزرع وحده من مالك	١٢٦	بشرط القطع
١٣٥	الأرض فهو كبيع الثمرة		(القسم الثاني) بحسب
	(فرع) قول المصنف		ما اقتضاه كلام المصنف إذا
	هنا : إذا باع الزرع ممن	١٢٦	بيعت الثمار مع الأشجار
١٣٥	يملك الأرض		يرد ذلك قول الشافعي
	(فرع) لو باع الزرع من		الذي قدمته قريبا بجواز بيع
	مالك الأرض بالأرض فأنه		الدار بطرقها وسيل مائها
١٣٦	يصح	١٢٨	وانتبتها

الاحكام	الصفحة	الاحكام
(فرع) في رهن الثمرة وهبتها قبل بدو الصلاح	١٣٦	(فرع) قد تقدمت الاحاديث الواردة في المنع عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح
١٤٢ خلاف		(فرع) لا فرق في الثمار بين ما يجذ كالبلح والبسر أو يقطف كالحصرم والعنب
(فرع) قال أحمد بن بشر وهو القاضي أبو حامد : ولا بأس بشراء نصف الثمرة جزافا	١٣٦	(فرع) الفجل المفروس في الأرض والسلجم والجزر والسلق إذا اشترى ورقه
١٤٢ (فرع) البطيخ له أحوال (الحالة الأولى) أن يبيعه مع الأرض	١٣٦	(فرع) قال القاضي حسين : إذا باع أصل الكراث مع الكراث صح العقد
١٤٢ (فرع) البطيخ له أحوال (الحالة الثانية) أن يفرد أصول البطيخ بالبيع	١٣٦	(فرع) قال ابن الحداد في المولدات باع نصف ثمرة على رؤوس النخل
١٤٢ (الحالة الثالثة) أن يبيع البطيخ مع أصوله منفردا عن الأرض	١٣٧	أما إذا جوزنا قسمة الثمرة في حال الرطوبة بناء على أنها افراز
١٤٣ (الحالة الرابعة) أن يبيع آلبيخ وحده دون أصوله	١٣٧	واعلم أن ابن الحداد علل المنع في ذلك بامتناع القسمة وأما إذا قلنا : لا تصح القسمة فباع نصفها بشرط قطع الجميع
١٤٣ وأن بدأ صلاحها جاز بيعها بشرط	١٣٨	ولم أر أحدا صرح بجواز بيعها غير القاضي والمعجب من القاضي كيف صرح ببيع الزرع على قسمته
١٤٤ القسم الرابع من الأقسام المتقدمة	١٣٩	(فرع) من هذا الجنس لو باع نصف الثمرة مع نصف النخل صح
١٤٤ وقسمه الأصحاب الى ثلاثة أحوال (الحالة الأولى) أن يبيعها بشرط القطع فهذا جائز أجماعا	١٣٩	ولو كانت الأرض لواحد والثمرة أو الزرع لآخرين
١٤٤ (الحالة الثانية) أن يبيعها مطلقا فيجوز بلا خلاف للخبر	١٤٠	وقال الخوارزمي في الكافي : لو كان الزرع لهما والأرض
١٤٥ (الحالة الثالثة) أن يبيعها بشرط النقية	١٤٠	(فرع) رأيت في المطارحات لابن القطان أنه
١٤٥ (فرع) أطلق المصنف أنه إذا بدأ صلاحها جاز بيعها	١٤١	أن باع نصف الزرع مشاعا
١٤٥ (فرع) قال القاضي حسين : بيع الزرع وحده أن كان بذرا لم يصح	١٤١	
١٤٦ (فرع) قصب السكر صلاحه في بقائه في قشره كالجوز في قشره الأسفل	١٤٢	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
١٥٣	أكلها غير شامل لجميع أنواع بدو الصلاح.	١٤٦	(فرع) الكتان اذا بدا صلاحه قال ابن الرقمة :
١٥٤	(فرع) اذا باع أوراق الفرساد مع الأغصان	١٤٧	يظهر جواز بيعه (فرع) البقل اذا بيع مع الأصول
١٥٥	(فرع) قال الشافعي والأصحاب : اذا بدا صلاح ما خرج من القثاء والبطيخ لم يجز (فرع) قال الشافعي : ولا يجوز أن يستثنى الثمرة مدا وتقسم الأصحاب الاستثناء في البيع الى أربعة أقسام	١٤٨	(فرع) فان باع الثمرة بعد بدو الصلاح مع الأصول (فرع) في مذاهب العلماء ويبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها
١٥٥	(الأول) أن يكون الاستثناء معلوما	١٤٨	(أما الأحكام) فقد اختلف الناس في تفسير بدو الصلاح واعترض عليه ابن داود أما أن يكون الشافعي أراد أن يعلمنا أنه يحب القثاء فلا فائدة في ذلك
١٥٥	(القسم الثاني) أن يكون استثناء مجهولا والمبيوع بعده مجهولا	١٥٠	وأجاب الأصحاب بأن الشافعي قصد بهذا القول أن يفرق بين ما طعمه في الابتداء يخالف
١٥٥	(القسم الثالث) أن يكون الاستثناء مجهولا والمبيوع بعده مجهولا	١٥٠	قال الماوردي وجملة الثمار على ثمانية أقسام (أحدها) ما يكون بدو الصلاح فيه باللون
١٥٥	(القسم الرابع) أن يكون الاستثناء مجهولا	١٥١	(القسم الثاني) ما يتوق صلاحه بالطعم
١٥٥	(فرع) اذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف درهم الا ما يخص الفانها	١٥١	(القسم الثالث) ما بدو صلاحه بالنضج
١٥٦	(فرع) قال : اشتريت منك هذا الثوب بهذه الدراهم الا خسة	١٥١	(الرابع) ما بدو صلاحه بالقوة والاشتداد
١٥٦	(فرع) قال : اشتريت منك هذا الثوب بهذه الدراهم	١٥٢	(الخامس) ما بدو صلاحه بالطول والامتلاء
١٥٦	(فرع) قال : بعثتك ثمرة هذا النخل الا المعقلي	١٥٢	(السادس) ما بدو صلاحه بانشقاق كمامه كالقطن والجوز
١٥٦	(فرع) باع شاة واستثنى سواقطها	١٥٣	(الثامن) ما بدو صلاحه بانفتاحه وانتشاره كالورد والنبوغ
١٥٦	(فرع) باع قطنا واستثنى حبه		وقول المصنف : وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب
١٥٧	(فرع) بيع الثمرة وفيها قدر الزكاة		

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
١٦٤	(العاشرة) أن يختلف البستان والصفقة	١٥٧	(فرع) الزرع الذى يخلف كالقرظ
١٦٤	(الحادية عشرة) أن يختلف البستان والملك	١٥٧	(فرع) إذا اشترى الزرع الذى لا يخلف
١٦٥	(الثانية عشرة) أن تختلف الصفقة والملك فيبيع ما لم يبد صلاحه اعتمادا على بدو صلاحه	١٥٨	فان وجد بدو الصلاح فى بعض الجنس من حائط جازر
١٦٥	(الثالثة عشرة) أن يتحدد النوع مع اختلاف الثلاثة	١٥٨	(الشرح) فى هذه الجملة ثلاث مسائل
١٦٥	(الرابعة عشرة) أن يتحد البستان مع اختلاف الثلاثة	١٥٨	(احداها) قال الثانى والأصحاب : اذا بدا فى بعض الثمرة جازر بيع جميعها
١٦٥	(الخامسة عشرة) أن يتحد الملك مع اختلاف الثلاثة (فائدة) النظر فى هذه المسائل كلها هل هو لسوء المشاركة	١٦٠	واذا كان فى الجنس الواحد فلا وجه حينئذ
١٦٥	(فرع) اذا باع شيئا من ثمرة البطيخ والقثاء والخيار (فرع) ولا يجوز فى شيء من ذلك أن يبيع ما ظهر من الثمرة	١٦١	(الصورة الثانية) أن يختلف البستان كما اذا بدا الصلاح فى جنس (الصورة الثالثة) أن تختلف الصفقة مع اتحاد البواقي
١٦٦	(فرع) لا خلاف أنه لا بد من وجود الصلاح (فرع) اذا كان بستانان فيهما زرع واحد فبدا الصلاح اذا ابتاع زرعاً أو ثمرة بعد بدو الصلاح	١٦٢	(فرع) قال : بعثك هذا بكذا وهذا بكذا
١٦٧	اتفق الأصحاب على أنه يجب على البائع التخلية الى أوان الحصاد (قلت) وكذا الشائى فى الحلية حتى الوجهين فى وجوب السقى على البائع (فرع) الى متى ينتهى الزمان الذى ينتهى فيه السقى	١٦٣	(الصورة الرابعة) أن يختلف الملك مع اتحاد الجنس والنوع والبستان (الصورة الخامسة) أن يختلف البستان والنوع مع اتحاد البواقي
١٦٧		١٦٣	(الصورة السادسة) أن يختلف البستان والنوع والصفقة
١٦٧		١٦٣	(الصورة السابعة) أن يختلف البستان وتعدد الصفقة مع اتحاد البواقي
١٦٨		١٦٤	(الثامنة) أن يختلف النوع والصفقة
١٦٩		١٦٤	(التاسعة) أن يختلف النوع والملك مع اتحاد الصفقة

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(فرع) قد تقدم أنه على القول بعدم الانفساخ يقال للبائع أن سمحت بحقك أقر العقد	١٦٩	(فرع) لو شرط السقي على المشتري بطل البيع
١٧٥	(فائدة) قال الامام : ولو اعترفا - والاختلاط بعد القبض - بالالقباس ورضيا (فرع) هذا الحكم في بيع الباذنجان في شجره اذا بلغ نهايته لم يحتاج الى شرط القطع	١٦٩	(فرع) قال الشيخ أبو محمد في السلسلة
١٧٥	(فرع) فيه تنبيه على تقييد كلام المصنف : لو اختلط الطعام المبيع بغيره قبل القبض	١٦٩	(فرع) اذا اشترى ثمرة على رؤوس الشجر بعد بدو الصلاح
١٧٦	(فرع) قد تقدم أنه اذا كان اختلاط الطعام بعد القبض لا يفسخ العقد	١٧٠	(فرع) قريب من هذا فيها اذا أصابت الثمار آفة (فرع) باع الجمد في الجبد وكان طوله وعرضه وعمقه معلوما
١٧٦	(فرع) لو صدر الخلط من البائع أو المشتري عن تصد	١٧٠	واذا اشترى ثمرة على الشجر فلم يأخذ حتى حدث ثمرة أخرى
١٧٧	(فرع) قال القاضي : ان القولين في الانفساخ (قلت) وفي مسألة اختلاط الثمار والحنطة وشبهها	١٧٠	(الشرح) هذا الفصل معقود لحكم اختلاط الثمار والحق به ما في معناه
١٧٧	(قلت) قوله : المذهب انه يبطل البيع أراد الترجيح في الجملة	١٧٠	واعلم أن ما ذكره في تعليل كل من القولين يقتضى أن التسليم لم يوجد
١٧٨	وما ذكره الروياني يوافق وجهها في الفلاس أن البائع لا يرجع في المبيع وأن اشترى شجرة عليها حمل للبائع فلم يأخذه (الشرح) في مسألتان هما	١٧٢	وتقوله : وان لم يسمح البائع فسخ العقد أى يفسخه الحاكم بينهما
١٧٩	من بقية المراتب (أحدها) وهى المرتبة الثانية اذا اشترى شجرة أو أرضا فيها شجرة حاملة	١٧٣	(فرع) لو انشال على الحنطة المبعة بعد قبضها حنطة أخرى فالبيع صحيح
١٧٩		١٧٣	(فرع) لو باع الحنطة منه مكائلة
		١٧٤	(فائدة) اذا انتهى الامر الى الخصومة وقبول قول ذى اليد
		١٧٤	(فرع) اليد في الثمار بعد التخلية وقبل القطاف للبائع
		١٧٤	(فرع) قد تقدم حكاية الخلاف في الصحيح في هذه المسألة
١٧٩		١٧٥	

الاحكام	الصفحة	الاحكام	الصفحة
(فرع) باع شجرة الباذنجان ان بلغ نهايته ، فان كان في الخريف	١٨٦	واختلف الاصحاب في ذلك على طريقتين كما ذكره المصنف (احدهما) طريقة ابن خيران وابى على الطبرى في الانصاح القطع بعدم الانفساخ	١٨٠
(فائدة) ان قلت ما وجه تأخير هذه المرتبة عن المرتبة الثانية	١٨٦	(الطريقة الثانية) وبها قال المزني وابو اسحاق	١٨٠
(قلت) وسنذكر من كلام صاحب التتبع انه اذا اشترى الزرع بشرط القطع	١٨٧	(قلت) المراد بان المسالة غير قابلة للتأويل	١٨١
(فائدة) هذه المسالة تنبهك على ان المشتري اذا اشترى جذة	١٨٧	(والقول الثاني) انه يفسد البيع	١٨١
(فرع) الزرع التي تحصد مرة واحدة اذا اشتراها بشرط القطع	١٨٧	(فائدة) قال الشيخ ابو حامد : ولا اعرف شجرة تحمل حملين يتميز احدهما عن الآخر	١٨٢
(فرع) اذا اشترى اصول البطيخ لا يجوز الا بشرط القطع	١٨٨	(قلت) والآخر كذلك غير انه لا يطرد في شجرة بعينها	١٨٢
(فرع) قال الشافعي : ولا يجوز بيع التفصيل الا على ان يقطع مكانه	١٨٩	(فرع) قال المتولى في هذه المسالة : ان عدم الانفساخ هو الصحيح	١٨٣
(فرع) في زيادات ابي عاصم العبادي اذا اشترى ورق الفرماد مع اغصانه فتراخى القطع	١٨٩	(فرع) اذا قلنا ينفسخ العقد فلا تفريع	١٨٣
(فرع) ما لا يجوز بيعه الا بشرط القطع كالرطوبة والتفصيل	١٨٩	(فرع) كلام المصنف هنا مشير الى انه لا مزية في غرض ترك الحق	١٨٤
وان كان له شجرة تحمل حملين فباع أحد الحملين ضبط في الاستتصاء حملين بفتح الحاء وقال : الحمل بالفتح ما كان في بطن او على راس شجرة	١٨٩	(فرع) اورد على الزام المشتري او البائع قبول ما بذل له من الثمن	١٨٤
واما الزامهم بالعبد الابق فالفرق ان الثمرة يمكن تسليمها بتسليم الجميع	١٩١	(المسالة الثانية) وهي المرتبة الاخرى اذا اشترى رطوبة فان اشترى بشرط القطع	١٨٤
(قلت) وايجاب القطع بدون شرطه بعيد	١٩٢	واعلم ان هاتين الطريقتين على ما ذكره المصنف متفقتان واعلم ان في مسالة الرطوبة ومسالة اختلاط الثمار المبيمة	١٨٥

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	قال أبو عبيد : المصرة		(فرع) إذا اشترى
	الناقطة أو البقرة أو الشاة		الشجرة المذكورة بعد
٢٠٠	التي قد صرى اللبن في	١٩٢	ظهور أحد الحملين وتأبيره
	ضرعها		باب بيع المصرة والرد
	استشهاد من كتابنا	١٩٤	بالعيب
٢٠٠	(خالد بن الوليد قيادة		الأصاديث الواردة في رد
	ودعوة)		المصرة ورد صاع من تمر
٢٠١	ويحتل أن أصل المصرة	١٩٥	أو طعام
	مصرة		وطريق ابن سيرين
	وإذا كان كذلك فليس في		وأي صالح فيها ذكر الثلاث
	كلام الشافعي مخالفة لغيره		وهي مقتصرة على بيان
	الزيادة تبين ما كانت العرب	١٩٦	الحكم
	تفعله من ربط أخلاف الناقطة		وأما حديث عمر نرواه
٢٠١	والشاة		أبو داود وابن ماجه قال
	قال ابن هشام : قول		الخطابي : وليس اسناده
٢٠٢	الشافعي حجة في اللغة	١٩٧	بذاك
	وقال أبو عبيد : الشافعي		وقد روى حديث المصرة
٢٠٢	ممن يؤخذ عنه اللغة		عن ابن عمر أيضا بما يوافق
	قال الربيع : وكان	١٩٧	رواية أبي هريرة
	عبد الملك بن هشام بمصر		قال الشافعي : كثير
٢٠٢	كالأصمعي بالعراق		ابن عبد الله ركن من أركان
	وقال ثعلب : أن الشافعي	١٩٨	الكذب
	من بيت اللغة يجب أن يؤخذ		وقال ابن حبان له عن أبيه
٢٠٢	عنه	١٩٨	عن جده نسخة موضوعة
	(قلت) فاطلاق الشافعي		وروى البيهقي من حديث
٢٠٢	أخلاف الناقطة والشاة		إسماعيل بن مسلم عن
	وقال أبو عبيدة : أنها	١٩٨	عن الحسن عن أنس
	يقال في اللبن الإحلابة وأنها	١٩٨	إسماعيل بن مسلم متروك
٢٠٣	المشهور الحلاب		ورواه أبو بكر الإسماعيلي
	وأن كان مطلقا فالمراد		في مستخرجه على الصحيح
٢٠٣	به التمر		من حديث أبي خلف العمي
	وقدم المصنف التصرية	١٩٨	لكنه اختلف في وقفه ورفع
٢٠٤	لأنها المنصوص عليها		ورواه البرقاني موقوفا
	وأما اقتصار المصنف في	١٩٩	على شرط البخاري
	الترجمة على المصرة والرد		(أما اللغة) فقولوه :
٢٠٤	بالعيب	١٩٩	لا تصروا
	وقال بعض شارحي		قال الشافعي : التصرية
	التنبيه : أن ذلك للرد على		أن تربط أخلاف الناقطة والشاة
	الظاهرين الذين خصوا		وتترك من الحلب اليومين
٢٠٥	الحكم بالمنصوص عليه	٢٠٠	والثلاثة

714

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(وعن السادس) وهو أن خيار الثلاث من غير شرطه مخالف للأصول بأن الشيء إنما يكون مخالفاً لغيره إذا كان مماثلاً له	٢١٠	وخص الرد بخبر الواحد المخالف للأصول لا المخالف لقياس الأصول
٢١٢	(وعن السابع) وهو لزوم الجمع بين البذل والمبذل من ثلاثة أوجه	٢١٠	ومنهم من لا يسلم أن مخالفة الأصول أيضاً قاحلة (والصواب) العمل بها جميعاً ويعتبر كل أصل بنفسه
٢١٢	(وعن الثامن) وهو مخالفته لقاعدة الربا أن الربا إنما يعتبر في العقود لا في الفسوخ ولا في ضمان المتلفات	٢١٠	مقارنة بين رد الحنفية أحاديث التصرية ورد حديث أطعمه الله وسقاه وقبولهم لخبر زاذان في إبطال طهارة المصلى بالتحقة
٢١٢	(وعن التاسع) وهو إثبات الرد من غير عيب ولا شرط أن الخيار ثبت بالتدليس (وعن العاشر) وهو كون اللبن غير مقابل بقسط من الثمن بالمبيع	٢١٠	وقبول الأحناف خبر أبي فزارة في جواز التوضيء بالنبيذ
٢١٣	وأما الحمل فإنه غير مقدور على استخراجه من الأم	٢١١	(واعلم) أن الأصول المختلف في رد الخبر بها هي المستنبطة التي تكون في نفسها محتمة
٢١٣	(وأما العذر الثاني) وهو كونه من رواية أبي هريرة فليسوا ذكره في الكتب والاحتياج إلى الجواب لكتنا نستحي من ذكره ونجل أبا هريرة أن يتكلم بذلك على سبيل الحكاية	٢١١	(أما) غرم القيمة مع إمكان الرد
٢١٣	وقد دعا النبي ﷺ أن يحبه إلى كل مؤمن ومؤمنة وقد روى عبد الرزاق عن معمر بن راشد	٢١١	(وعن الثاني والثالث والرابع) وهو غرامة القيمة مع وجود المثل
٢١٤	ثم أن حديث المصراة قد روى من غير طريق أبي هريرة (وأما الاعتذار الثالث) وهو دعوى النسخ فذلك من أضعف الاعتذارات	٢١١	وقد وجد في مواضع منها الحر يضمن بمائة من الإبل
٢١٥		٢١١	ومنها الجنين يضمن بالغرة ويستوى فيه الذكر والأنثى ومنها المقدرات من جهة الشرع في الشجاج كالموضحة ومنها جزاء الصيد فليس من شرط الضمان أن يكون بالمثل أو القيمة من النقيدين (وعن الخامس) وهو إيجاب الرد مع ما حدث في يد المشتري مع النقص من وجهين

الاحكام	الصفحة	الاحكام	الصفحة
واصحها واوثقها		(واما الاعتذار الرابع)	
للحديث ولنص الشافعي		بالاضطراب فان الالفاظ التي	
٢٢١ قول أبي حامد		صحت كلها لا تناقض فيها	
٢٢١ لكن ههنا تنبيهات :		بل الجمع بينها ممكن ظاهرا	٢١٥
(احداها) ما يمكن ان		(واما الاعتذار الخامس)	
يكون مستندا لأبي اسحاق		واستعمالهم للحديث على وجه	
٢٢١ وابن أبي هريرة		الاشتراط فذلك لا يصح	
أما أبو اسحاق فيمكن ان		لأربعة أوجه	٢١٥
يكون مستنده الحديث		(واما) القياس هل هو	
٢٢١ بل ان لم يكن في مسألة		معارضد للحديث فجماعة	
٢٢٢ العيب اجماع		يدعون ذلك	٢١٥
(التنبيه الثاني) ان		(فرع في علة هذا الخيار)	
الحديث باللفظ الذي أورده		وجبان	٢١٦
٢٢٢ المصنف		(أحدهما) التدليس	
(التنبيه الثالث) ان		الصادر من البائع	٢١٦
٢٢٣ الالفاظ الصحيحة		(والثاني) الضرر الحاصل	
(والجواب) عن هذا		للمشتري باختلاف ما وطن	
ان قوله (فهو بخير النظرين)		نفسه عليه	٢١٦
٢٢٣ محمول على الغالب		والمراد بتحفلها بنفسها ان	
(التنبيه الرابع) ان		يترك صاحبها حلبها أياها	٢١٧
الأصحاب يعبرون عن الخلاف		(فرع) لا خلاف في ان	
في هذه المسألة بأن الخيار		فعل التصرية بهذا التصدد	
هل هو خيار شرع أو خيار		حرام لما فيها من الغش	
٢٢٣ عيب		والخدعة	٢١٨
(التنبيه الخامس) انه		واختلف أصحابنا في وقت	
تقدم عن الغزالي التردد في		الرد	٢١٩
٢٢٤ أحاق خيار التصرية		(الشرح) الذي قال	
(التنبيه السادس) انه		بتقدير الخيار ثلاثة أيام هو	
قد تقدم عن صاحب التهذيب		القاضي أبو حامد المروزي	٢١٩
وغيره ثبوت الخيار فيما اذا		والخيار على هذا يكون	
٢٢٤ تحفلت بنفسها		خيار تروية كخيار الشفعة	
(التنبيه السابع) ان		على قول وكخيار الشرط	٢١٩
قول أبي اسحاق المذكور وقع		(والثاني) وهو انه على	
٢٢٥ في نقله ما ينبئ التثبت فيه		الفور على أبي على	
(الثالث وهو قول		ابن أبي هريرة	٢١٩
ابن أبي هريرة هو - والله		واعلم ان بين الأوجه	
٢٢٦ اعلم - قول أبي اسحاق		الثلاثة اشتراكا واقترافا	٢٢٠
أما اذا حصل العلم بقول		وتأويل ابن أبي هريرة	
٢٢٦ البائع أو بينة		للحديث على الاشتراط لا	
		دليل عليه	٢٢٠

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(الشرح) رواية		ولولا تصريح بالخلاف
	أبى هريرة وابن عمر تقحم	٢٢٧	لكتبت أقول ان كلامهما واحد
٢٣٤	بيانهما وأن الرواية الى ابن عمر غير قوية		(التنبيه الثامن) قول المصنف : (ومنهم من قال : اذا علم بالتصريح يثبت له الخيار على الفور)
	(اما الأحكام) فالمشترى للمصرة اما أن يختار	٢٢٧	(التنبيه التاسع) ان اتفاق ابن أبى هريرة وأبى إسحاق على جواز الرد على الفور لا اشكال فيه
٢٣٤	امساكها واما أن يختار ردها (قلت) وهذا الوجه لم	٢٢٧	(التنبيه العاشر) قول المصنف : (اذا علم) يحتمل أن يريد به حقيقة العلم
٢٣٤	أقف عليه في النهاية ولعله اشتبه بالوجه الذي سنذكره		بإقرار البائع أو بالبيئة
	فاذا جمعت ما قلناه الجورى وصاحب التهمة مع	٢٢٨	واعلم ان الحكم بعدم الرد بعد الثلاثة وثبوته اذا اشتراها عالما بالتصريح
٢٣٥	اقتضاء كلام الأكثرين (قلت) ولا يلزم ذلك وليست (لا) متعينة في		وأما اذا اشتراها وهو عالم بالتصريح
٢٣٦	الإخراج (قلت) ولا يلزم ذلك وليست (لا) متعينة في	٢٢٨	ومما يرشد الى المعنى في ذلك ما ورد في الحديث (بيع المحفلات خلافة ولا تحل
	الاخراج (قلت) ولا يلزم ذلك وليست (لا) متعينة في	٢٢٩	الخلافة)
٢٣٦	الاخراج (قلت) ولا يلزم ذلك وليست (لا) متعينة في		بأخذ اثبات الخيار انه خيار شرع ثابت بالحديث
	ويقتضى ان التمر ليس الواجب أصلا وأنه عند تلف اللبن الواجب رد مثله	٢٣٠	(فرع) اذا قلنا بأن الخيار يمتد الى ثلاثة أيام فهل ابتدؤها من حين العقد
٢٣٧	اللبن الواجب رد مثله	٢٣١	(فرع) لو اشترط خيار
	فان اللبن الكائن في الضرع قبل الحلب يسير لا يتمول	٢٣١	الثالث للبائع في المصرة (فرع) لو اشترط
٢٣٨	قال ابن الرفعة : والخبر على هذا محمول على ما اقتضاه ظاهره	٢٣٢	للمشتري وحده
٢٣٨	ما اقتضاه ظاهره		(فرع) اذا اشتراها وهي مصراة ولم يعلم بها
	(والطريقة الثانية) ان نقول : الواجب التمر وهل يتعين ؟	٢٣٣	(قلت) وليس الأمر كذلك بل له وجه ظاهر
٢٤٠	فان قلت (ما ذكرت أن الراعى سكت عنه مما حكاه صاحب التهذيب	٢٣٣	فان اختار رد المصرة رد بدل اللبن الذي أخذه
٢٤٠	صاحب التهذيب (قلت) ليس كذلك لانه ليس غالب قوت البلد		
٢٤٠	(فان قلت) ما نصحيح من هذه الأوجه ؟		
٢٤١	لكن قد يتوقف في هذا التصحيح لأمرين		
٢٤١	التصحيح لأمرين		

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(فرع) اتفق أصحابنا		والأصح أن الاعتبار
	رحمهم الله وأكثر العلماء	٢٤٢	بزيادة الاقتيات
٢٤٩	على أنه لا يجب رد مثل اللبن		وبالجملة فمستند من لم
	القائل		يقول من الأصحاب على
	وحديث ابن أبي عدي في		كثرتهم يتعين التمر اختلاف
	سنده سليمان بن أرقم وهو	٢٤٢	الرواية ومجيء التمرح في
٢٤٩	ضعيف		بعض الروايات
	(فرع) في مذاهب العلماء		وأما الجواب عن اتفاق
	قال ابن أبي ليلى	٢٤٢	الأصحاب في زكاة الفطر
	وأبو يوسف : يرد معها قيمة		هذا الكلام في جنس
٢٥٠	اللبن		الواجب وأما مقداره ففيه
	وقال مالك في أحد قوليه :	٢٤٣	وجهان
	يؤدى أهل بلد صاعا من		(أصحها) أن الواجب
٢٥٠	أغلب عيشتهم		صاع قل اللبن أو كثر وإن
	(الحالة الثانية) أن		زادت قيمته عن قيمة الصاع
	يختار الرد قبل حلب اللبن	٢٤٣	أو نقصت
	وهذا إنما يكون على غير		(والثاني) أن الواجب
	الوجه الذي نقله الشيخ		يتقدر بقدر اللبن لرواية
٢٥٠	أبو حامد		ابن عمر التي فيها (مثل أو
	(الحالة الثالثة) أن	٢٤٣	مثلى لبنها)
	يختار إمساكها قال الشافعي :		ولو كان الواجب يختلف
	إذا رضى بامساكها ثم وجد		باختلاف اللبن لفأوت النبي
	بها عيبا قديما غير التصرية		صلى الله عليه وسلم بين
٢٥٠	فله ردها بالعيب	٢٤٤	الأبل والغنم
	(قلت) وكلام الشافعي في		(فرع) هذا كله نيبا إذا
	الرسالة في باب الاجتهاد		لم يرض البائت فأمّا إذا
	يقتضى أن رد التمر في هذه	٢٤٥	تراضيا
٢٥١	الصورة بالحديث لا بالقياس		(قلت) وقد قال ابن المنذر
	(قلت) وما حكاه الإمام		في الاشراف : أنه لا يجوز أن
	عن الشيخ أبي على مفروض	٢٤٥	يدفع مكان التمر غيره
٢٥٢	في المصرة		(فرع) التمر الذي يجب
	(قلت) وهذا أميل الى		رده هل يتعين نوع منه
٢٥٢	أنه لا يقابل بقسط من الثمن	٢٤٦	(فرع) الصاع الذي يجب
	مع إنكاره له		رده بدل اللبن هل ينزل منزلة
	(قلت) وهذا الاحتمال		العين الأخرى
٢٥٣	الذي قاله الجوري هو	٢٤٨	(فرع) يمكن أن يقال :
	القياس		إذا جعلنا التمر قائما مقام
	ولا يلزم الرضا بعيب	٢٤٨	اللبن على ما تقدم من البحث
٢٥٣	الرضا بجميع العيوب		

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٢٦١	إذا عرف ذلك فقد نقل الرافعى عن الایام انه يعتبر القيمة	٢٥٤	ولا وجه لمنع التخریج على تفريق الصفقة
٢٦١	(فرع) هو من تبة الكلام فى ذلك اشترى شاة بصاع تمر ثم اراد ردها بالتصرية فوجهان	٢٥٤	(فرع) اذا قلنا بانه لا يرد تخریجا على انه لا تفرق الصفقة على الارش
٢٦٢	(احدهما) وهو الاصح يردها ويرد معها صاعا ولا اعتبار بزيادة الثمن	٢٥٤	(فائدة) قال الجورى : ان قال قائل : اذا كان الصاع انما يرده بدلا للبن التصرية الذى تضمنه المقد
٢٦٢	(والوجه الثانى) فى هذا الفرع انه يرد بقدر نقص التصرية	٢٥٥	(فرع) اذا لم يعلم بالتصرية الا بعد تلف الشاة تعين الارش
٢٦٣	(فرع) هذا الذى تقدم من اعتبار قيمة الحجاز او الحينة	٢٥٥	(فائدة) قول الغزالى المتقدم فى حكم وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقى بخلاف العيب الحادث
٢٦٣	(فرع) اذا اوجبنا رد الصاع التمر فيما اذا اشتراها بتمر وهو الاصح	٢٥٥	وان كان قيمة الصاع بقيمة الشاة او اكثر
٢٦٣	(فرع) عن البنديجى انه يقتبر قيمة الرد كرجل اقترض رجلا صاعا من تمر بالحجاز ولقيه بخراسان	٢٥٥	وغرض المسالة فيما اذا كانت قيمته قيمة الشاة او اكثر من نصف قيمتها
٢٦٣	(فرع) الذى يقول بایجاب شىء من التمر فيما اذا اشترى شاة بصاع تمر وردها بالتصرية بمقتضى التوزيع	٢٥٦	والوجهان فى المسالة على هذا الوجه المخصوص مشهوران فى طريقة العراقيين
٢٦٤	(فائدة) قول المصنف : لانه هو الاصل اى لأن التمر هو الاصل	٢٥٧	وقد يكون النقصان زائدا على نصف القيمة
٢٦٤	(فرع) رایت فى شرح التنبیه لابن يونس انه اذا اراد قيمة الصاع	٢٥٨	وقد يقول المنتصر لابى اسحاق : ان الاصل فى المصرة ضمان اللبن التالف ببذله على قیاس المتلفات
٢٦٤	(فرع) تقدم فى جنس الواجب رده مع المصرة سبعة اوجه	٢٥٨	(والجواب) عن هذا ان الشرع لم اوجب فى لبن الغنم ولبن الابل مع العلم بتفاوتهما تفاوتاً ظاهراً بدلا واحدا
٢٦٤		٢٥٩	(التفریع) ان قلنا بالاصح ووجوب الصاع للتباع فلا اشكال
٢٦٤		٢٥٩	

الاحكام	الصفحة	الاحكام	الصفحة
(فرع) فان كان باع الثاة		(فرع) فان كان باع الثاة	
المصراة بصاع من تبر فيجىء		المصراة بصاع من تبر فيجىء	
فيها بمقتضى التركيب ثمانية		فيها بمقتضى التركيب ثمانية	
وعشرون وجها	٢٦٥	وعشرون وجها	٢٦٥
وان كان ما حلب من اللبن		وان كان ما حلب من اللبن	
باقيا فأراد رده ففيه وجهان	٢٦٥	باقيا فأراد رده ففيه وجهان	٢٦٥
(الشرح) هذه الحالة		(الشرح) هذه الحالة	
الرابعة من احوال رد		الرابعة من احوال رد	
المصراة	٢٦٦	المصراة	٢٦٦
وقد يقال : انه لا يصار		وقد يقال : انه لا يصار	
الى الاخبار فى المسائل		الى الاخبار فى المسائل	
المذكورة الا للضرورة	٢٦٦	المذكورة الا للضرورة	٢٦٦
(والوجه الثانى) أنه		(والوجه الثانى) أنه	
يجب على البائع قبوله ويجبر		يجب على البائع قبوله ويجبر	
عليه	٢٦٦	عليه	٢٦٦
(الثانى) أنه اذا كان		(الثانى) أنه اذا كان	
النقص الذى يستقل به العيب		النقص الذى يستقل به العيب	
غير مانع على الاظهر من		غير مانع على الاظهر من	
القولين فى تلك المسائل	٢٦٧	القولين فى تلك المسائل	٢٦٧
(فالجواب) أن اللبن لم		(فالجواب) أن اللبن لم	
يظهر فيه عيبقديم يقتضى		يظهر فيه عيبقديم يقتضى	
رده بخلاف الثاة	٢٦٧	رده بخلاف الثاة	٢٦٧
(الثالث) أنا على القول		(الثالث) أنا على القول	
بالرد فيها نقصت قيمته		بالرد فيها نقصت قيمته	
بكره	٢٦٧	بكره	٢٦٧
(الرابع) أنا اذا قلنا		(الرابع) أنا اذا قلنا	
للمشتري رد رد اللبن فهل له		للمشتري رد رد اللبن فهل له	
أمسكه	٢٦٨	أمسكه	٢٦٨
(الخامس) أن المائل بأن		(الخامس) أن المائل بأن	
له ههنا أن يرد اللبن هل ذلك		له ههنا أن يرد اللبن هل ذلك	
بطريق الفسخ	٢٦٨	بطريق الفسخ	٢٦٨
(السادس) أن رد اللبن		(السادس) أن رد اللبن	
هل يكون حكمه حكم		هل يكون حكمه حكم	
المصراة	٢٦٨	المصراة	٢٦٨
(السابع) قول المصنف :		(السابع) قول المصنف :	
(ولأنه لو لم يجز الرد) الى		(ولأنه لو لم يجز الرد) الى	
آخره هو الدليل الثانى فى		آخره هو الدليل الثانى فى	
كلامه	٢٦٨	كلامه	٢٦٨
(الثامن) أن الأصحاب		(الثامن) أن الأصحاب	
اطبقوا على حكاية الوجهين		اطبقوا على حكاية الوجهين	
كما حكاهما المصنف	٢٦٩	كما حكاهما المصنف	٢٦٩
(التاسع) أن هذا كله		(التاسع) أن هذا كله	
فى رده على جهة القهر	٢٦٩	فى رده على جهة القهر	٢٦٩
(فرع) قسم المرعى		(فرع) قسم المرعى	
العيب الحادث عند المشتري		العيب الحادث عند المشتري	
الى قسمين	٢٧٠	الى قسمين	٢٧٠
(فرع) اذا اشترى ثاة		(فرع) اذا اشترى ثاة	
وجز صوفها ثم وجد بها		وجز صوفها ثم وجد بها	
عيبا	٢٧٠	عيبا	٢٧٠
وان اشترى جارية مصراة		وان اشترى جارية مصراة	
ففيه أربعة أوجه	٢٧٠	ففيه أربعة أوجه	٢٧٠
(أحدها) أن يردها ويرد		(أحدها) أن يردها ويرد	
معها صاعا لأنه يقصد لبنها	٢٧٠	معها صاعا لأنه يقصد لبنها	٢٧٠
(والثانى) أنه يردها لأن		(والثانى) أنه يردها لأن	
لبنها يقصد لتربية الولد ولم		لبنها يقصد لتربية الولد ولم	
يسلم له ذلك	٢٧٠	يسلم له ذلك	٢٧٠
(والثالث) لا يردها لأن		(والثالث) لا يردها لأن	
الجارية لا يقصد فى العادة		الجارية لا يقصد فى العادة	
الا عينها	٢٧٠	الا عينها	٢٧٠
(والرابع) لا يردها		(والرابع) لا يردها	
ويرجع بالأرض	٢٧٠	ويرجع بالأرض	٢٧٠
(الشرح) الكلام فى هذا		(الشرح) الكلام فى هذا	
الفصل والفصل بعده يحتاج		الفصل والفصل بعده يحتاج	
الى أصل وهو المنصوص		الى أصل وهو المنصوص	
عليه فى كلام الشافعى يتناول		عليه فى كلام الشافعى يتناول	
جميع الحيوانات	٢٧١	جميع الحيوانات	٢٧١
(واعلم) أن قاعدة		(واعلم) أن قاعدة	
مذهب الشافعى يدل على أن		مذهب الشافعى يدل على أن	
ثبوت الخيار فى المصراة جاز		ثبوت الخيار فى المصراة جاز	
على القياس	٢٧١	على القياس	٢٧١
وكان ما سوى المنصوص		وكان ما سوى المنصوص	
عليه على قسمين	٢٧٢	عليه على قسمين	٢٧٢
(قسم) التصرية بوجوده		(قسم) التصرية بوجوده	
فيه فى غير الأبل والغنم	٢٧٢	فيه فى غير الأبل والغنم	٢٧٢
(وقسم) فيه معنى يشبه		(وقسم) فيه معنى يشبه	
التصرية وأما تصرية الجارية		التصرية وأما تصرية الجارية	
الذى هو محل كلام المصنف		الذى هو محل كلام المصنف	
ههنا	٢٧٢	ههنا	٢٧٢

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٢٧٧	معها بدل اللبن (والثاني) أنه يردّها ولا	٢٧٤	وقد تقدّم في باب الربا أن محمّد بن عبد الرحمن الحضرمي نقل عن الشافعي أنه لو باع أمة ذات لبن بلبن آدمية جاز (فرع) حكم الخيل حكم الجارية
٢٧٧	يرد معها شيئاً (والثالث) أنه لا يردّها	٢٧٤	(فرع) من جملة العلماء الثنّالين بأن حكم التصرية لا ينحصر في الإبل والفرس البخاري رحمه الله
٢٧٧	ويأخذ الأرض (والرابع) أنه لا يردّها ولا شيء له لأن الإمام جعل ذلك من صور الخلاف	٢٧٥	(فرع) حكى المصنف في التنبيه وجهين (أحدهما) أنه لا يرد (والثاني) أنه يرد ولا يرد بدل اللبن
٢٧٧	(فرع) قول المصنف : (لم يبذل الثمن الا لتسلم له الأتان مع اللبن)	٢٧٥	وأن اشترى أتاناً مصراً فإن قلنا بقبول الاصطخري أن لبنها طاهر ردها ورد معها بدل اللبن كالشاة (الشرح) الأتان الأثني من الحبر
٢٧٨	(فرع) جزم المصنف في التنبيه أنه يرد الأتان ولا يرد بدل اللبن	٢٧٦	إذا عرف ذلك نفى حكم تصرية الأتان طرق (أحدها) ما ذكره المصنف أنه إذا قلنا بطهارة لبنها ردها ورد بدل اللبن (الطريقة الثانية) أنه هل يسرد أو لا يسرد ؟ في المسألة وجهان
٢٧٨	إذا ابتاع شاة بشرط أن تحلب كل يوم خمسة أرطال ففيه وجهان (الشرح) هذه المسألة جزم الرافعي فيها بعدم صحة البيع وقال في الروضة : يبطل البيع لأنه لا ينضبط وقال الروياني : لا يصح قولاً واحداً	٢٧٦	والتخريج رد بدل اللبن على الخلاف (والطريقة الرابعة) اللبن بخس فلا يقابل بشيء ولكن لا يبعد إثبات الخيار فتخلص من هذه الطرق أربعة أوجه (أحدها) أنه يردّها ويرد
٢٧٩	ففيه وجهان (الشرح) هذه المسألة جزم الرافعي فيها بعدم صحة البيع وقال في الروضة : يبطل البيع لأنه لا ينضبط وقال الروياني : لا يصح قولاً واحداً	٢٧٦	على الخلاف (والطريقة الرابعة) اللبن بخس فلا يقابل بشيء ولكن لا يبعد إثبات الخيار فتخلص من هذه الطرق أربعة أوجه (أحدها) أنه يردّها ويرد
٢٨٠	وأعلم أن ههنا ثلاث مراتب (أحدها) يشترط مقدار أو وصف في الحمل (الثانية) اشتراط أصل الحمل واللبن (الثالثة) اشتراط مقدار من اللبن (التفرع) إذا قلنا بالصحة في ذلك فإخلف فله الخيار	٢٧٧	أربعة أوجه (أحدها) أنه يردّها ويرد
٢٨٠	أما مقدار المدة فيحتمل أن يقال إذا حلبها ثلاثة أيام واللبن على حاله		
٢٨٢	وإذا ابتاع جارية قد جمعت شعرها ثم بان أنها سبعة		
٢٨٢			

الاحكام	الصفحة	الاحكام	الصفحة
(احدثها) أن في المسألة		(الشرح) الفصل يتضمن	
وجهين كالوجهين فيما اذا		٢٨٢ مسائل من التحرير	
اشتراط انها سبطة الشعر		ذكر المصنف من المرتبة	
٢٨٦ فبانت جعدة		٢٨٣ الاولى أمثلة	
(والطريقة الثانية) انه		منها اذا اشترى جارية	
لا يثبت الخيار في التدليس		قد جعد شعرها ثم بان انها	
٢٨٦ بالسبطة وجها واحدا		سبطة اتفق الأصحاب على	
قال ابن الرفعة : ولك		ثبوت الخيار قياسا على	
ان تعجب من قول الامام أن		٢٨٣ المرأة	
ما ذكره الصيدلاني تحكم		الجمودة تدل على قسوة	
٢٨٧ عجا ظاهرا		الجسد والسبوة تدل على	
(قلت) وهذا ضعيف		٢٨٣ ضعفه وللمسألة شرطان	
٢٨٧ لأميرين		(أحدهما) أن يكون	
(أحدهما) أن الصيدلاني		المشتري قد رأى الشعر	
انها علل انتفاء الخيار لضعف		فلو لم يره ففى صحة العقد	
الظن وقصور الفعل عن		٢٨٣ وجهان	
٢٨٧ القول		(أحدهما) انه لا يصح	
(الثانى) أن القائلين من		٢٨٣ (والثانى) الصحة	
الأصحاب بأن اثبات الخيار		(الشرط الثانى) أن	
في التصرية مأخذه اللاحق		التجعيد يكون بحيث لا يتميز	
٢٨٧ بالعيب		٢٨٤ عن تجعيد الخلقة	
والطريقة الصحيحة		(وشرط ثالث) فيه نزاع	
٢٨٨ جريان الوجهين		أن يكون ذلك تجعيد البائع	
(القسم الثانى من هذه		(تنبيه) المراد بالتجعيد	
٢٨٩ المرتبة الثانية)		ما يخرج الشعر عن السبوة	
والخلاف في هذا القسم		٢٨٤ المكروهة عند العرب	
وقصوره على الشرط والظن		(المسألة الثانية) اذا	
٢٨٩ المسند الى أمر غالب		سود شعر الجارية ثم بان	
والطريقة الصحيحة اجراء		٢٨٥ بياض شعرها	
القولين في اشتراط حمل		وكذلك اذا صبغ الحمار	
٢٩٠ الجارية		حتى حسن لونه أو نفخ فيه	
(المرتبة الثالثة) التى لا		٢٨٥ حتى صار كأنه دابة سمينة	
٢٩٠ يثبت الخيار فيها قطعا		(المرتبة الثانية) ما في	
فان قلنا بالصحة فوقت		ثبوت الخيار فيها خلاف وهو	
الخيار هنا معرفة بمقدار		٢٨٦ على قسمين	
٢٩١ الصبرة		وقد يكون السبط اشبه	
والجواب أن الاستدلال		الى بعض الناس ففى المسألة	
٢٩٢ بظاهر الصبرة		٢٨٦ طريقتان	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٢٩٨	ومن ملك عينا وعلم بها عينا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيها	٢٩٣	(فرع) إذا أسلم اليه في جارية جمعة فسلم اليه جمعة فلا خيار له
٢٩٩	(الشرح) حديث عقبة ابن عامر هذا رواه ابن ماجه وأخرجه الحاكم وأما قوله : إنه على شرط الشيخين ففيه نظر لأن في روايته يحيى بن أيوب الفاسقي وشيخ شيخه عبد الرحمن بن شماسه وهما من أفراد مسلم	٢٩٣	(فرع) غير المصراة اذا حلب لبنها ثم ردها بعيب (قال) : اذا رد أيسر شيئا لأجل اللبن
٢٩٩	وقد ذكر البخاري هذا الحديث من كلام عقبة وأعلم أن في لفظ الحديث في رواية كل من ابن ماجه والحاكم مخالفة يسيرة في اللفظ لما ذكره المصنف	٢٩٣	(قلت) : لا ، هكذا نقل الشيخ أبو حامد هذه المناظرة
٢٩٩	وليس في شيء من الروايتين التقييد بالعلم وحديث وائلة بن الأسقع أخرجه الحاكم في المستدرک وأما أبو سباع فشماس تابعي لم أعلم من حاله غير ذلك	٢٩٤	وقال الماوردي : ان له الرد وعليه رد بدل اللبن
٣٠١	ويحيى بن بكر مات سنة خمس وثمانين ومائة وهو ابن ثمان وتسعين يكنى أبا الأسقع	٢٩٤	واذا ضمنت ما ذكره الرافعي والماوردي الى ما اختاره هو لاجتماع في المسألة خمس طرق (أحدها) امتناع الرد (والثاني) الرد فلا يرد بدل اللبن شيئا
٣٠١	ومن فضائله أنه عندما نزلت (إنما يريد الله ليذهب) الآية . قال : وأنا من أهلك ؟ فقال : وأنت من أهلي	٢٩٥	(الطريق الثالث) أنه يردها ويرد معها صاعا من تمر (الرابع) قول الماوردي : أنه يرد بدل اللبن ولا يرد الصاع
٣٠٢	حديث العداء بن خالد ذكره البخاري تعليقا بقوله : ويذكر عن العداء بن خالد وقال قتادة : الفائلة : الزنا والسرقة والاباق	٢٩٥	(الطريقة الثالثة) أنه يردها ويرد معها صاعا من تمر (الرابع) قول الماوردي : أنه يرد بدل اللبن ولا يرد الصاع
		٢٩٥	(تبيينه) أعلم أن كل من قال بالرد ورد شيء بدل اللبن وأما قول صاحب التهذيب أنه يردها وصاعا من تمر مطلقا في القسمين ففيه بعد وأعلم أن إطلاق النص يقتضي أيضا مخالفة قول الأكثرين
		٢٩٦	(فرع) اذا كانت الشاة غير مصراة
		٢٩٨	(فرع) الكلام الى هنا في بيع المصراة

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣٠٨	فان قلت : قد تقدم أن البائع اذا لم يبين العيب حرام (المرتبة الأولى) وهي أعلاها ما كان منهيا عنه	٣٠٣	وعن عمر بن سعيد عن عه الحارث بن سويد النخعي وعن أبي الحمراء رضى الله عنه الحديث
٣٠٩	لمعنى فيه كبيع الملامسة (المرتبة الثانية) ما كان منهيا لا لمعنى فيه من حيث هو (المرتبة الثالثة) وهي أدناها ما لم ينه عنه أصلا	٣٠٣	(أما الأحكام) فقد تضمن الفصل ثلاث مسائل
٣٠٩	لكن به يتحقق ما هو منهى عنه والظاهرية في المصرة ونحوها يجعلون ذلك خارجا بالنص	٣٠٤	وفي عبارة المصنف والأصحاب والفاظ الحديث تنبيه على أنه لا يكفى البائع ويجعل تحريم الكتمان خاصا بما اذا كان المشتري مسلما ويوافقه ما تقدم في الحديث (بيع المسلم المسلم) يجوز خطبة المسلم على خطبة الذمى ويجوز السوم على السوم في مذهب ابن حريويه
٣٠٩	(فرع) نقل الماوردي قبل باب : لا يبيع حاضر لباد عن ابن أبي هريرة : في ثمن الذليل حرام	٣٠٥	وأما كتمان العيب ففيه ضرر بين وأخذ المال الذى بذله المشتري على ظن السلامة
٣١٠	(فرع) هذا كله في مسألة الكتاب اذا باع من غير شرط ولكنه كان عالما بالعيب	٣٠٦	(المسألة الثانية) أنه ان علم غير المالك بالعيب أن يبين ذلك لمن يشتريه وللإطلاع على العيب ثلاثة أحوال
٣١١	فان لم يعلم بالعيب واشتراه ثم علم بالعيب فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد	٣٠٦	(أحدها) أن يعلم أن البائع أعلم المشتري بذلك فلا يجب عليه الاعلام
٣١١	(فرع) فلو كان المشتري قد علم به ولكن لم يعلم أنه عيب بوكس الثمن	٣٠٧	(الحالة الثانية) أن يظن أو يتوهم أن البائع لم يعلمه فيجب عليه لإطلاق الحديث (فرع) قال الامام الضابط فيما يحرم من ذلك أن من علم شيئا ثبت الخيار فأخفاه أو لم يوضح
٣١١	(الحالة الثانية) اذا لم يعلم العيب وهي منطوق مسألة الكتاب	٣٠٧	(المسألة الثالثة) ان باع ولم يبين العيب صح البيع مع المعصية
٣١١	وأما الإجماع فانه لا خلاف بين المسلمين في الرد بالعيب على الجملة	٣٠٨	
٣١٢	وادعى القاضى أبو الطيب إجماع المسلمين على التسوية بين الفاش الخائن وغيره		
٣١٢	فان ابتاع شيئا ولا عيب فيه ثم حدث به عيب		

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣١٧	تلف المبيع في يد المشتري في مدة الخيار فيه طرق (أحدها) أوردها النزالي وارتضاها الامام واقتضى ايراد الرافعي رجحها	٣١٤	الكلام في العيب الحادث قسمه المصنف الى ثلاثة أقسام (القسم الأول) الحادث قبل القبض فحكمه حكم المقارن للعقد
٣١٧	(الطريقة الثانية) القطع بعدم الانتفاع (الطريقة الثالثة) الا انا اذا قلنا : الملك للبائع وحصل امضاء البائع ضمنه المشتري بالقبية	٣١٤	واما من يقول من العلماء بان المبيع قبل القبض من ضمان المشتري وبه يقول أبو ثور مطلقا ومالك في المبيع جزائيا ومذهب أبي حنيفة في تلف المبيع قبل القبض كذهبنا
٣١٧	(الطريقة الرابعة) طريقة الماوردي ان كان التلف في خبار المجلس انفسخ على الأقوال كلها	٣١٥	كون العيب الحادث قبل القبض كالعيب المقارن للعقد هو المشهور
٣١٧	(الطريقة الخامسة) ما دل عليه كلام امي الطيب انه ان كان الخيار لهما او للبائع وحده انفسخ قولا واحدا	٣١٥	ووراء ذلك امران غريبان (أحدهما) ان الشافعي قال في الرهن الكبير : ولو بيع العبد المرهون ولم يتدق البائع والمشتري حتى جنى ولو جنم، ثم بيع فعلم المشتري قبل التدق
٣١٨	وقد رايت انا في الجزء الخامس عشر ايضا انه اذا باع العبد بالخيار ثلاثا أو اقل وتمضه فمات في يد المشتري فهو ضامن لقبته	٣١٥	ولو بيع وتفرق المتبايعان أو أخبر أحدهما صاحبه بعد البيع فاخترار امضاء البائع قال ابن الرقعة : وهذا اذا لم يحمل على ما بعد القبض
٣١٩	فحبث نقول بالانتفاع اما على ان الملك للبائع أو مطلقا	٣١٥	(الأمر الثاني) في مختصر أبي يعقوب البويهلي اذا كان البائع الذي جنى عليه في النفس والمبيع منفسخ (فرع) اذا وجد العيب قبل القبض ولكن بسبب تقدم رضى به المشتري
٣١٩	(فرع) لا فرق بين يد المشتري ويد نائبه ولو كانت يد البائع كما لو قبض المبيع (فرع) هذا الذي تقدم من أن العيب الحادث بعد القبض الذي لا يستند الى سبب قبله	٣١٦	(القسم الثاني) اذا حدث العيب بعد القبض ولم يستند الى سبب قبل القبض فماتته لا يثبت به الرد
٣٢٠	انما تخفى بعنده الثلاث لاجل حصى الربيع فانها لا تظهر في أقل من ثلاثة ايام	٣١٦	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣٢٦	ثم اعلم أن ما قاله هؤلاء الأنثى يقتضى أن الرضا بالعيب لا يبطل أثره بالكيفية	٣٢١	الحسن لم يسمع من عقبة شيئا ولا يسمع من سمرة إلا حديث العقيقة عند أكثر الحفاظ
٣٢٦	(فإن قلت :) جعله من ضمان البائى بوجب مساواته لما وجد قبل القبض	٣٢١	(قلت) وقد حفظت من طريق ابن أبى شيبة وفيه عنينة قتادة عن الحسن وهو مدلس
٣٢٣	(قلت :) لو جعلنا ما بعد القبض كما قبل القبض في ذلك لوجب أن يبطل العقد بالقتل بعد القبض	٣٢١	وذكروا أن عمر وابن الزبير سئلا عن العهدة فقالا : لا نجد أمثلا من حديث حبان ابن منقذ
٣٢٧	أنة عيب (فرع) إذا اشترى جارية حاملًا ورضى بحملها ثم وضعت في بده ونقصت بسبب الوضع	٣٢٢	كان حبان يخدع في البيوع فجعل له النبى ^{عليه السلام} الخبار ثلاثا
٣٢٧	(فتدبر) حزم المصنف بالتصوية بين قطع اليد بالسرقة وبالتقصير	٣٢٢	قال الشافعى : والخبر في حبان خاص وما ذكروه عن على لا ينافيه
٣٢٨	(تنبيه آخر) نظير الأصحاب الخلاف في هذه المسائل بالغولين فيها إذا علق في حال الصحة بمصنة	٣٢٢	(القسم الثالث) العيب الحادث بعد القبض إذا أسند الى ما قبل القبض كما مثل به المصنف
٣٢٨	(تنبيه آخر) كثير من الأصحاب منهم القاضى أبو الطيب والقاضى حسين والرافعى ذكروا بمسألة	٣٢٣	وفي جهل المشتري بالسرقة حتى قطعت يد العبد وجهان (أحدهما) أن له أن يرد ويسترجع جميع الثمن
٣٢٨	(فرع) إذا رضى بالتطع وأطلع على عيب آخر غنه الرد	٣٢٣	(والثانى) أنه من ضمان المشتري وليس له الرد ، ولكن يرجع على البائى بالأرض
٣٢٩	(فرع) إذا كان عليه حد بالمسيط فاستوفى بعد القبض (فرع) عبد عليل به أثر السفر فاشتراه غزاد مرضه فليس له الرد لأنه غرر بنفسه وما غرره البائع	٣٢٣	(فرع) عن أبى حنيفة أنه إذا قطع في يد المشتري يرجع بنصف الثمن
٣٢٩		٣٢٤	وأن جعلناه من ضمان المشتري فلا رد له وأن تعذر ردها بسبب من الأسباب على قولنا : أنه من ضمان البائع
٣٢٩		٣٢٥	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	قال البفسوى		(فرع) إذا وجدت إزالة
	وابن أبى عصرون : انه في		البكارة من الزوج أو قطع
٣٣٥	الليل لا يلزمه تعجيل	٣٢٩	اليده قبل القبض
	الفسخ		(فرع) عن أبى حنيفة
٣٣٦	(فرع) وأما الذي لا يكون	٣٣٠	انه اذا قطع في يد المشتري
	عذرا فكثير		اذا وجد المشتري بالمبيع
	(فرع) لو اطلع على عيب		عيبا لم يخل اما أن يكون
٣٣٦	قبل القبض تلزمه المبادرة	٣٣٠	المبيع باقيا
	على الفور		(الشرح) للمبيع المعيب
	(فرع) غيه تحقيق الكلام	٣٣٠	خسة أحوال
٣٣٦	في الفور وكيفية الرد وحال		(أما الأحكام) فإذا كان
	العيب		المبيع الذي ظهر به العيب
	وقال الغزالي في التبسيط :		باقيا بحاله فقد تقدم أنه
٣٣٧	ان نهض الى البائع كما اطلع	٣٣١	يخير بين امساكه ورده
	لم يكن مقصرا		ومن يعد أقوال أبى ثور
٣٣٨	معلوم أن الغائب عن البلد		وجوها يلزمه أن يجعل هذا
	لا يمكن اشهاد	٣٣١	وجها من المذهب
٣٣٨	وأن كان غائبا عن البلد	٣٣١	للد على الفور دليلان
	دفع الأمر الى مجلس الحكم		(الأول) أن الأصل في
	أن الامام فكر في الشفعة	٣٣١	البيع للزوم
٣٣٩	أن الشفع لو ابتدر مجلس		(الثاني) ما ذكره المصنف
	الحكم فهو مطالبة المشتري		رحمه الله من أن القياس على
	(قلت) وأصحح كما	٣٣١	خيار الشفعة
٣٤٠	تقدم عن الرافعي أنه يلزمه		وبعد أن كتبت هذا رأيت
	الاشهاد على نفس الرد		هذا المعنى بعينه لأبى محمد
	قلت : ما حكى الهروي عن		عبد الله بن يحيى الصنعبي
	الشيخ أبى حامد أن الرفع	٣٣٢	في كلامه
٣٤١	الى القاضي والطلب منه		وقد خطر في الجواب عن
	حضور المشتري	٣٣٣	ذلك والاعتذار عن المصنف
	قلت : وملخص ذلك أنه		قلت : فلعل المصنف اطلع
٣٤٢	ان حضر البائع مجلس		على هذا النص القائل بأن
	الاطلاع رد حزما	٣٣٣	الشفعة لا تبطل بالعفو
	(الثانية) أن يحضر		(فرع) اذا ادعى البائع
	البائع مجلس الاطلاع		أن المشتري آخر الرد بعد
٣٤٢	فلا يتعذر في التأخير لامكان	٣٣٤	العلم
	الاثبات بهم		(فرع) اطلق المصنف أن
	(الثالثة) حضور الشهود		التأخير من غير عذر يستط
٣٤٢	مجلس الاطلاع فلا يتعذر	٣٣٤	الخيار
	في التأخير		

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣٤٦	إذا كان غائبا من البلد يرفع الأمر الى مجلس الحكم (قلت :) والجزم بذلك هو الظاهر (فرع) تقدم من كلام الرافعي أنه مخير بين البائع والحاكم	٣٤٢	وأين الرابعة ؟ (الخامسة) أن يكون الموجود في البلد واحدا منهما (السادسة) إذا لم يكن واحد منهما في البلد تعين الاشهاد
٣٤٧	(فرع) وروى ابن سيرين قال : ابتاع عبد الرحمن ابن عوف جارية فقيل له : أن لها زوجا (فرع) محل الذي تقدم من وجوب الفور في شراء الأعيان	٣٤٣	(السابعة) إذا كان الشهود في البلد ولا تيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم
٣٤٨	فإن كان المبيع دابة فساقها ليردها فركبها في الطريق (الشرح) الانتفاع بالمبيع قبل العظم بالعيب أن لزم منه تأخير أو دفع في زمن لو سكت فيه أبطل خبره واختلوا فيما إذا كان يسيرا جرت العادة بثله في غير ملكه	٣٤٣	(الثامنة) إذا كان الشهود في البلد ولا تيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم
٣٤٩	ولو ركب دابة فاطلع على عيبها لم يجز استدامة الركوب	٣٤٣	(التاسعة) إذا كان الشهود في البلد تيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم
٣٥٠	قال الرافعي : ويمعذر بترك العذار واللجام ونقل عن صاحب التتمة جواز الاستخدام ورد عليه وبالجمله فالمعول عليه في ذلك كما قاله الامام والغزالي العرف	٣٤٣	(العاشرة) إذا لم يكن في البلد شيء من الثلاثة فهل يجب أن يتلفظ بالفسخ ؟ (فرع) إذا رفع الأمر الى الحاكم عند غيبة الخصم فكيف يدعى ؟
٣٥١	وأما مسألة الحلب فكذاك جزموا بها (فرع) إذا كان في رد المبيع مؤنة فالمؤنة على المشتري	٣٤٤	(فرع) فأما إذا رفع الى القاضي في حال حضور الخصم (فرع) الخصم الذي يرد عليه على وجه التعيين أو التخير بينه وبين الحاكم
		٣٤٤	ولو فرض الرد بالعيب على الوكيل فهل للوكيل بيعه ثانيا
		٣٤٥	وأما قول ابن الرقعة : على كل حال له الرد على الموكل يومهم أن ذلك بلا خلاف (فرع) الاشهاد الواجب اطلقه الرافعي وغيره (فرع) تقدم أن الخصم

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣٥٧	(الخامس) قال أبو علي الفارقي في هذا : أنا قصدنا بالوطء الفسخ ولا يجب عليه المهر	٣٥٣	(منها) إذا نسخ البيع بالعيب أو بخيار الشرط أو انقلاص نهونة الرد على المشتري
٣٥٨	فإن زال العيب قبل الرد ففيه وجهان بناء على القولين في الأمانة	٣٥٣	(فرع) اشترى عبدا فوجد به عيبا مقصده وقال : ظننت زوال عيبه به بطل حقه من الرد
٣٥٨	(الشرح) الوجهان مشهوران حكاهما جماعة من الأصحاب	٣٥٤	وله أن يرد بغير رضا البائع في غيابه وفي حضوره ولا يفتقر إليه
٣٥٨	وقبل الرد سقط حقه من الرد وهما طريقان	٣٥٥	واعلم أن قول المصنف : جعل إليه ظاهر فيما قبل القبض
٣٥٨	(أحدهما) حكاية الوجهين بناء على القولين (والثانية) القطع بسقوط الخيار	٣٥٥	فإن اشترى ثوبا بجارية فوجد بالثوب عيبا فوطئ الجارية ففيه وجهان
٣٥٩	والأصح في المسائل الثلاث السقوط ، ومسألة الشفعة وخيار الأمانة من واد آخر	٣٥٦	(أحدهما) نعم كالوطء في زمان الخيار فاتته إذا صدر من البائع والخيار له أولهما كان نسخا على الصحيح
٣٥٩	(فرع) اشترى جارية سميئة فهزلت قبل القبض ثم سمئت فردها	٣٥٦	(والوجه الثاني) لا ينفسخ بالوطء وههنا أمور
٣٥٩	(فرع) لو زال العيب القديم قبل العلم به ولكن حدث عيب مانع من الرد	٣٥٦	(أحدهما) أن هذا إنما يحتاج إليه إذا قلنا بالملك في زمن الخيار
٣٦٠	وإن قال البائع : أنا أزيل العيب مثل أن يبيع أرضا فيها حجارة مدفونة	٣٥٦	(الثاني) ما الأصح من هذين الوجهين فاعلم أن الشافعي رحمه الله القائل بأن الأشبه أن من كان الخيار له فالملك له
٣٦١	وبعد أن كتبت ذلك رأيت ابن معين أورده على المصنف وزعم أنه تناقض	٣٥٦	(الثالث) قول المصنف : الملك قد استقر للمشتري
٣٦٢	وإن قال البائع : أمسك المبيع وأنا أعطيك أرش العيب لم يجبر المشتري على قبوله	٣٥٧	(الرابع) أن الوطء حرام على المذهب وإن قلنا يحصل به الفسخ
٣٦٢	فإن تراضيا على دفع الأرض لاستقاط الخيار ففيه وجهان		

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣٦٩	وان يجوزنا تفريق الصفقة لأجل الضرر وقولا بالجواز والمشكل طريقة الماوردي	٣٦٢	(أحدهما) يجوز لأن خيار الرد يجوز أن يستطها قال القاضي حسين :
٣٧٠	فانه قطع بالجواز اذا رضى (فرع) قال أبو حنيفة		وقال أبو اسحاق : ثلاث مسائل أخالف فيها أصحابي
٣٧١	بالجواز فيما بعد القبض (قلت) وهذا ليس	٣٦٣	حد القذف وحق الشفاعة ومقاعد الأسواق
٣٧٢	بصريح لأن نص الشافعي تقدم في المكيل والموزون		(التفريع) وهو مذكور في الكتاب أن قلنا بالصحيح
٣٧٣	والمراد بالتلف إما حسا وإما شرعا	٣٦٤	وهو أنه لا يجوز فتراضيا على ذلك
٣٧٤	والوجه الثاني أنه يضم قيمة التلف الى الباقي		(فائدة) الأرض في اللغة أصله الهرش أبدلت الهاء
٣٧٤	ولم أر ذلك في تعليقه القاضي أبي الطيب	٣٦٤	وأرض الجراحة ديتهما (فرع) لنا صورة يرضى
٣٧٥	قال الربيع : وله قول آخر إذا اشترى شيئين في صفقة واحدة		المشترى فيها بالعيب وإن أراد أن يرد بعضه لم يجز
٣٧٥	فهذا الكلام في مختصر البويطي قولين	٣٦٤	لأن على البائع ضررا في تبعض الصفقة عليه
٣٧٥	(أحدهما) يضم قيمة التلف الى الباقي ويردها	٣٦٤	(الشرح) هذه ثلاث مسائل
٣٧٥	(والثاني) يمتنع الرد ويرجع بالأرض وهما هذان القولان	٣٦٥	فإن قلنا بجواز الرد فذاك ويسترجع قسطه من الثمن
٣٧٥	وقد تأملت نصه في اختلاف العراقيين فلم أجده صريحا في الرد واسترجاع القسط	٣٦٥	وكلام المصنف يقتضى أنه إذا رضى البائع جاز
٣٧٦	(قلت) وهذا هو معنى ما في البويطي وليس فيه زيادة عليه	٣٦٦	أما المثلى فالحنطة ونحوها (فرع) لو مات المشتري
٣٧٦	وأبدي ابن الرخصة فيما حكى عن اختلاف العراقيين نظرا من وجهين	٣٧٧	في هذه الصورة وخلف وارثين فهل لأحدهما رد نصيبه ؟
٣٧٦	(أحدهما) أنا نفرع على منع التفريق فالتصريح بالتفريق	٣٧٧	فيه ثلاثة أوجه (أحدها) ليس له الاتفراد لاتحاد الصفقة
٣٧٦	(والوجه الثاني) من اعتراض ابن الرخصة على	٣٦٧	(والثاني) يجوز أن ينفرد برد نصيبه لأنه جمع ماله
		٣٦٨	(والثالث) أن البائع مخير بين أن يأخذ نصف المبيع ويعطى الثمن
		٣٦٨	(المسألة الثانية) إذا اشترى عينين من رجل واحد صفقة واحدة ولها صور

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	وقال القاضي حسين :		أبى الطيب أن اختلاف
	الأولى أن يفرض الكلام فيها	٣٧٦	العراقيين قيل : أنه من القديم
	أو مات أحد المشتريين والبائع		(فرع) إذا ظهر العيب
٣٨١	وارثه		بالتألف فقط لم يرد الباقي
	والمعتمد من الجواب أن	٣٧٧	قطعا ويرجع بارش التألف
	الصفقة وأن كانت واحدة		(فرع) لو ظهر العيب
٣٨٢	لكن لا يجوز لأحدهما أن يرد		بأحدهما أو بهما بعد بيع
	التفريع على هذين القولين		أحدهما فقد جمع الرافعى
	أن جوزنا الانفراد فانفرد	٣٧٧	بين ذلك وبين ما إذا كان
٣٨٢	أحدهما فتبطل الشركة بينهما		أحدهما تألفا
	وأن منعنا الانفراد فذاك		(فرع) استثنى صاحب
	فيها ينقص بالتبعية أما		التلخيص من وجوب الأرض
	ما لا ينقص كالحيوب ففيه	٣٧٨	على القول بمنع الأفراد
	وجهان مبنيان على أن المانع		مسألة واحدة
٣٨٣	ضرر		(قلت) لعل مراده أن
	(قلت :) أما البناء على		كان المبيع صحيحا من عيب
	أن القسمة افراز أو بيع	٣٧٨	حادث
٣٨٤	فمتجه متعين		(فرع) بما ذكرناه يتبين
	(منها) إذا تعدد البائع	٣٧٨	أن الخلاف في الجميع
	كما لو اشترى واحدا عينا من		(فرع) حكم نقص أحدهما
	رجلين فله رد نصف المبيع	٣٧٨	حكم تلفه وعتقه وبيعه
٣٨٥	على أحد البائعين		(فائدة) أكثر الأصحاب
	(ومنها) إذا تعدد		يطلقون توزيع الثمن على
	العاقدان بأن اشترى رجل	٣٧٨	العبدین باعتبار قيمتهما
٣٨٥	عينا من رجلين		(منها) في الشفعة حيث
	(ومنها) إذا تعدد المعقود	٣٧٩	يأخذ الشخص بقسطه
	عليه والعاقد معا بأن		(ومنها) في المراجعة إذا
	اشترى رجلان عبيدين من		وزع الثمن فيجبر بما يخصه
	رجلين فلكل واحد منهما رد	٣٧٩	من الثمن
٣٨٥	الربع من العبدین		(ومنها) في تفريق الصفقة
	(ومنها) إذا كان أحد		في الدوام إذا تلف أحد
	العبدین لهذا والآخر لذلك	٣٧٩	المبيعين قبل القبض
	وجمعا بينهما في الصفقة		(فرع) لا خلاف أنه لو
٣٨٦	وجوزناه		ظهر العيب بالتألف وحده
	(ومنها) إذا اثنان عبيدين	٣٧٩	فليس له الرد
	من واحد فحكمهما ظاهر فيها		(المسألة الثالثة من مسائل
٣٨٦	تقدم أن لها رد العبدین		الكتاب) إذا اشترى اثنان
	(فرع) جملة المسائل	٣٨٠	من واحد عينا
	المذكورة ترجع الى ثمانية		(والقول الثانى) ويحكى
٣٨٦	أقسام	٣٨٠	عن رواية أبى ثور عن القديم

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(منها) لو اشترى وكيل لرجل شيئا فخرج معييا فليس لأحد الوكيلين أفراد نصيبه بالرد	٣٨٧	(فرع) لو اشترى شيئا واحدا في صفتين نصفه بصفقة ونصفه بصفقة
٣٨٩	(ومنها) لو وكل رجلا ببيع عبد لهما أو وكل أحد الشريكين صاحبه فباع الكل ثم خرج معييا هل الأصح لا يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما ؟	٣٨٧	(فرع) هذا كله إذا تولى كل واحد منهما العقد بنفسه أو كان من كل واحد وكيل واحد
٣٨٩	(ومنها) لو وكل رجلين في بيع عبده فباعه لرجل (ومنها) لو وكل رجلا رجلا في شراء عبد أو وكل رجلا في شراء عبد له ولنفسه (فرع) نقل ابن الرمعة هذا الفرع المتقدم لو كان المشتري واحدا لنفسه ولوكله .	٣٨٧	والثاني الاعتبار بالمعقود له
٣٩٠	(قلت) : وذلك مخالف لما ذكر أنه لا يصح هنا (ومنها) لو وكل رجلا رجلا في بيع عبد (ومنها) ولم يفكره الرافعي : لو وكل الواحد رجلين في الشراء دون البيع (فرع) إذا صدر العقد بالوكالة فذلك على ستة عشر قسما	٣٨٧	(فرع) هذا كله إذا تولى كل واحد منهما العقد بنفسه وهل الاعتبار في تعدد العقد واتحاده بالعائد أو المعقود له
٣٩١	(ومنها) لو وكل رجلا رجلا في بيع عبد (ومنها) ولم يفكره الرافعي : لو وكل الواحد رجلين في الشراء دون البيع (فرع) إذا صدر العقد بالوكالة فذلك على ستة عشر قسما	٣٨٧	(أصحابها) عند الأكثرين الاعتبار بالعائد
٣٩٢	(فرع) فإما إذا جرى العقد بوكالة من أحد الطرفين فقط فسقة عشر مسألة	٣٨٧	(والثاني) الاعتبار بالمعقود له وهو الموكل
٣٩٢	(فرع) هذا كله إذا جرى العقد بصيغة واحدة فلو جرى بصيغتين فلكل منهما حكمها	٣٨٧	(والثالث) الاعتبار في طرف البيع بالمعقود له وفي الشراء بالعائد
٣٩٣	فان مات من له الخيار انتقل الى وارثه لأنه حق لازم يختص بالمبيع	٣٨٧	(والرابع) قال في التتمة : الاعتبار في جانب الشراء بالموكل وفي البيع بهما جميعا
		٣٨٧	(والخامس) إذا كان الوكيل من جهة المشتري فالعبرة بالموكل وان كان من جهة البائع فالعبرة بالعائد وقال القفال : ان كان البائع يعلم انه وكيل رجلين فلاحدهما أن يرد نصيبه
		٣٨٨	قال الشافعي : ان كان البائع يعلم بانه مشتريه لنفسه ولشريكه وان الرهن مشترك بينهما فلا خيار له
		٣٨٨	(فروع) على هذا الأصل :
٣٨٩			

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	وان كانت زيادة منفصلة		(قاعدة) الحقوق في
٣٩٨	كالكسب العبد فله أن يرد ويسك الكسب		المهذب (منها) ما يورث قطعا
	وعن مخلد ابتعت عبدا	٣٩٣	(ومنها) ما لا يورث قطعا
	فاستغلبته ثم ظهرت منه على		(ومنها) ما فيه خلاف
٣٩٩	عيب فخاصته فيه الى عمر		وجبلة ما يحضرنى من
	ابن عبد العزيز فرده	٣٩٣	الحقوق الآن خيار الرد بالعيب
	وسئل أبو حاتم عنه فقال :		وخيار الشفعة وخيار الفليس
٤٠٠	لم يرو عنه غير ابن أبي ذؤيب		(فرع) لو قطع ابن
	قال الشيخ أبو حامد :		المشتري يد العبد المبيع قبل
	ومنه خراج السواد لأن		القبض ثم مات المشتري قبل
	الفلاحين كانوا يعطون شيئا	٣٩٤	التمكن من الاختيار هل للقاطع
٤٠٠	من الغلة عن الأرض		حق الخيار بحق الارث
	والشيخ أبو حامد اعتذر		فان كان له وارثان فاختار
٤٠١	عن هذا بأنه لم يقل : الخراج		أحدهما أن يرد نصيبه دون
	بالضمان مطلقا	٣٩٤	الأخر لم يجز لأنه تبعي
	(قلت) قسم بعض		صفقة في الرد
	أصحابنا الحاصل للمشتري		وأما الرافعي فانه قال تبعا
٤٠٢	من المبيع اما أن يكون غير	٣٩٦	لصاحب التهذيب في مسألة
	متولد من العين أو متولدا منها		الاثنين
	وعن الرافعي في تلف المبيع		وأما الرضا فانه قدم
	قبل القبض أن الموهوب		فيه خلافا عن الامام مبنيا
٤٠٢	والموصى به والكسب على	٣٩٦	على أنه لو اشترى نصيب
	الخلاف		صاحبه
	(فائدة أخرى) الموجود		وأما قوله : ان الأصح
	في النسخ في لفظ الحديث		وجوب اذا لم يحصل الرضا
٤٠٣	قد استعمل غلامين بالفسين		فهو غيبه موافق لصاحب
	المعجزة واللام المشددة	٣٩٦	التهذيب
	وان كان المبيع بهيمة		(فرع) اذا أوجبنا الأرض
	فحملت عنده وولدت أو شجرة		للمنوع من الرد فهل هو
٤٠٣	فأثمرت رد الأصل وأمك	٣٩٧	أرض النصف
	الولد		وان وجد العيب وقد زاد
	ومعتد المخالفين امران		المبيع نظرت فان كانت الزيادة
٤٠٤	(أحدهما) أن الفسخ رفع	٣٩٧	لا تتميز كالسمن
	للعقد من أصله		(الشرح) الزيادة التي
	(والثاني) أنه يرفعه من		لا تتميز كالسمن وتعلم العبد
	أصله مطلقا تخريجا من القول		الحرفة والقرآن وكبر الشجر
٤٠٤	بوجوب مهر المثل	٣٩٧	وكثرة أغصانها تابعة

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(قلت) : وهذا جوابه ما قدمه هو من التسوية بين ما قبل القبض وما قبل العقد	٤٠٥	إذا ثبت هذا الأصل فنحن نقول بأنه يرفع العقد من حينه
٤١٢	خاص بالرد بالعيب (والثامن) أن الطريقة المشهورة هنا الجزم بعدم جريان الخلاف فيما بعد القبض	٤٠٥	(الأمر الثاني) أن الزيادة الحاصلة بعد البيع مبيعة تبعاً لأنه لا سبب للملك فيها
٤١٣	(التاسع) الزيادات التي وقع الكلام فيها مشروطة بأمور	٤٠٦	وقد تكلم الأصحاب في ولد الموهونة وههنا تنبيهات
٤١٤	(أحدها) ألا يكون حصل بسببها نقص	٤٠٧	(أحدها) أن الذين قائلوا من أصحابنا أن الرد يرفع العقد من أصله لم نعلم أحداً منهم يقول بامتناع الرد
٤١٤	(الثاني) أن تكون حادثة بعد العقد ولزومه	٤٠٧	(الثاني) أن مقتضى القول رفع العقد من أصله وأن كان بعد العقد يرد الزوائد
٤١٤	(والثالثة) أن تكون انفصلت قبل الرد كالولد والصوف المجزوز واللبن المحلوب	٤٠٧	(الثالث) أن كلام المصنف جازم بعدم رد الولد والثمرة من غير تفصيل
٤١٤	ولو صح النظر إلى المقابلة بالقسط لزم أن لا يتمدى الرجوع في الفلس إلى الثمرة واعلم أن الحمل يندرج في المعارضة قولاً واحداً	٤٠٨	(الخامس) في عبارة كثير من الفقهاء ومنهم الرافعي أن الفسخ يرفع العقد من حينه
٤١٦	أما أن نقول : أن عهد المعارضة لا يستتبع الحمل لفوته وفسخه لذلك	٤٠٨	ويعرض هنا بحثان
٤١٧	وأما أن نقول : بأن الحمل يتبع المواضع كلها لكونه جزءاً أو لا	٤٠٩	(أحدهما) هل الرفع من حينه والقطع بمعنى واحد
٤١٧	وأما الصوف واللبن فالأقرب أنهما كالحمل فيندرجان	٤٠٩	(والثاني) أن الرفع من أصله هل معناه تبين عدم العقد أو الملك أم لا
٤١٧	(فرع) من تنتم الكلام في الحمل جزم الجوزي بأن الحمل يكون للبائع إذا رد عليه بالعيب	٤٠٩	وأما الثاني وهو أن الفسخ من الأصل هل معناه تبين عدم الملك
٤١٨	(غرور) لو اشترها وعليها صوف وفي ضرعها لبن فطال الصوف وكثر اللبن ثم ردها بعيب قبل الجز والطلب	٤٠٩	وأما الحنفية فممنعدهم الاكتساب والصيد لا يملك (السادس) أن مقتضى قوله الخراج بالضمان تبعية الخراج للضمان
٤١٩		٤١١	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٤٢٤	الفرق بين الرد بالعيب وبين البيع في الرهن ولو وجد مشتري العبد به عيبا فطريقان (أحدهما) القطع بالجواز (والثاني) على الوجهين ولو تقابلا حيث لا عيب (التفرع) : ان قلنا بجواز الرد كما قال المصنف فذاك	٤١٩	واما مسألة اللين اذا كان منه شيء موجود عند العقد فبطلت على أنه هل يرد الثمن في غير المصراة (فرع آخر) اذا قلنا الزيادة تسلم للمشتري كما جزم به المصنف رحمه الله فليس للبائع حبس ما حدث في يده
٤٢٦	فان اشتراها وهي حامل فولدت عنده — فان قلنا : ان الحمل له حكم — رد الجميع	٤٢٠	وان قلنا بانها ترجع بالنسخ الى البائع قال : الغزالي : له حبسها الى استيفاء الثمن
٤٢٦	(الشرح) هذا بناء صحيح اتفق عليه الاصحاب والصحيح ان له حكما (فرع) أطلق الرافعي رحمه الله اشتراط عدم النقص بالولادة ولم يفرق وان كان المبيع جارية ثيبا فوطئها ثم علم بالعيب فله ان يرد	٤٢٠	قال ابن الرفعة : ولعل الغزالي رحمه الله قال : له حبسها لا للثمن
٤٢٧	يردها (الشرح) هذه مسألة مشهورة اختلف العلماء فيها على ثمانية مذاهب (أحدها) ان يرد كما فكره المصنف ولا يرد معها شيئا وهو مذهبنا الذي نص عليه الشافعي والاصحاب (والمذهب الثاني) أنه لا يرد ولا يرجع بالأرش (والثالث) أنه يرد	٤٢١	(فرع آخر) عن المزن في مسائله المنشورة وان كان المبيع جارية فحبلت عنده وولدت ثم علم بالعيب
٤٢٩	معها مهر مثلها (والرابع) يرد	٤٢١	(الشرح) اذا كانت الجارية حاملا عند البيع ثم ولدت عند المشتري
٤٣٠	معها مهر مثلها بالفا ما بلغ (والخامس) يرد	٤٢٢	ثم ذكر في الرهن : اذا رهننت الام دون الولد
٤٣٠	معها عشر ثمنها (والسادس) يرد	٤٢٣	ثم ههنا كلامان (أحدهما) ما استدلل به المصنف والشيخ ابو حامد والقاضي ابو الطيب على ضعف هذا الوجه من نص الشافعي فان للشافعي نصان في المختصر
٤٣٠	معها حكومة	٤٢٣	(أحدهما) قوله : ولا بأس ان يرهن الجارية ولها ولد صغير (والنص الثاني) في المختصر ايضا
		٤٢٣	(الكلام الثاني) في تخيل

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(والسابع) أنها لازمة	٤٣٠	(والثامن) يردّها ويرد
٤٣٧	لرخص السمر ونحوه لا خلاف أنه لا يعتبر	٤٣٠	معها عشر ثمنها
	قال المرعشي : تطمع الثوب من الصور التي فيها تحولان	٤٣٠	فأما من يقول بردها ورد شيء معها
٤٣٨	(أحدهما) يردّه وأرض القطع	٤٣٠	فالجواب أن منفعة البضغ مملوكة بالشراء للسيد
٤٣٨	(والثاني) يأخذ الأرض فلا تنافي بين الكلامين	٤٣٠	وأمراده على الوجه الأول الأشهر وأقرب في النقل
٤٣٩	إذا عرفت ذلك فهل ذلك جار في وطء البكر أو لا ؟	٤٣٢	والجواب عنه من وجوه (أحدها) ما أشار إليه
٤٣٩	واعلم أن زوال البكارة يفرض على وجوه مختلفة الأحكام	٤٣٢	الشافعي رضي الله عنه في اختلاف الحديث وحكي عنه أنه قال : روينا ذلك عن علي
٤٤٠	(تنبيه) هل يشترط المبادرة بأعلام البائع ؟	٤٣٢	ولعل حقمي بن قياث أو مسلمة من كان حاضرا منظره الشافعي
٤٤١	(قلت) : وما ذكره يقتضي أن حقه أولا ثابت في الرد	٤٣٢	(الثاني) أنه قد روي مثل مذهبن من زيد بن ثابت
٤٤١	وأما إذا كان العيب قريب الزوال كالصداع والحمى والرمد عبر عنها البفسوى بقولين والغزالي بوجبهين	٤٣٣	(الثالث) أنه قول صحابيين لم يعلم انتشاره
٤٤١	(أحدهما) يعذر بالتأخير وله انتظار زواله ليرده سليما عن العيب الحادث من غير أرض	٤٣٣	(الرابع) أن مذهبنا موافق لغير
٤٤١	(فرع) زوال البكارة إذا كان بعد القبض فهو مانع من الرد	٤٣٣	(الخامس) أن أحداث القول الثالث فيه خلاف وتفصيل مذكور في أصول الفقه
٤٤٣	وإن قلنا كالأجنبي وجب وينبغي إذا قلنا : أن جنابته كالأجنبي فيخرج على أن النسخ رفع للمقد من أصله أو من حينه ؟	٤٣٣	واعلم أن أصحابنا اختلفوا في أن الرد رفع للعقد من أصله أو من حينه
٤٤٥	(فرع) اطلق المصنف أن تزويج الأمة ملتح من الرد ويطرقة أمران	٤٣٥	(فرع) هذا كله في وطء المشتري فلو وطئها البائع أو الأجنبي بعد القبض بشبهة فهو كوطء المشتري لا يمتنع الرد
٤٤٧		٤٣٦	(فرع) ما ذكرناه من أن الوطء إذا كان على وجه الزنا عيب يمتنع الرد وإن وجب العيب وقد نقص العيب

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(قلت) : وهذا فيه تقوية لما أبديته من الاشكال في		(أحدهما) أنا سنحكي حكاية عن صاب البیان أن
٤٥١	أخذ الأرض	٤٤٧	التزويج ليس بعيب
	(قلت) وقد تقدم ما نقله		(الثاني) لو قال الزوج
٤٥٢	الأصحاب عن أبي ثور وأنه		لها : أن ردك المشتري بالعيب
	رواه في القديم		على البائع فانت طالق فكان
	(قلت) والأصح على	٤٤٧	قبل الدخول ثم وجد بها
٤٥٢	ما سيأتي أنه ليس له الأرض		عيبا
	كذلك هنا		(فرع) إذا وجد المشتري
	(فرع) الأول : لو زال		العيب فقبل رده مع كونه في
	العيب الحادث قبل علمه	٤٤٨	الرد جاء البائع وقطع يده
٤٥٢	بالعيب القديم ثم علمه فله		(فرع) من جملة العيوب
	الرد		المساعة من الرد لو كان
	(قلت) وكذلك الأصح		غلاما فخلق شعره لأنه ينقص
٤٥٣	أنه ليس له الفسخ بعد	٤٤٨	من ثمنه
	الأخذ		(فرع) اشترى غرسا
	أما إذا وجد ذلك قبل		بحمار وخصى الفرس ثم وجد
٤٥٤	العقد فصحيح أنه لا يثبت	٤٤٨	به عيبا
	الرد به جزما		فان قال البائع : أنا آخذ
	وان كان دبره أو علق		المبيع مع العيب الحادث لم
٤٥٥	عتقه على صفة ، فله الفسخ		يلزمه دفع الأرض لأنه لم يكن
	لأن التدبير يقبل الفسخ	٤٤٨	له غير الرد
	(فرع) لو أنعل الدابة ثم		(الشرح) هذان نوعان
٤٥٥	علم بها عيبا قديما ان لم		من المسألة المتقدمة ولا شك
	يعبها نزع النعل		أن للبائع والمشتري عند
	(فرع) إذا صبح المشتري		اجتماع العيب القديم
٤٥٧	الثوب ثم اطلع على عيب قديم	٤٤٩	والحادث أحوالا
٤٥٨	تنبيهات في هذا الفرع		(أحدهما) أن يرضى البائع
	(أحدهما) أن الإمام لمسا	٤٤٩	برده من غير أرض للحادث
	حكى الخلاف في الطرفين أعنى		(الثانية) أن يتفقا على
	طلب المشتري الإمساك وأخذ		إمساكه وأخذ أرض العيب
٤٥٨	الأرض	٤٤٩	القديم
	(وان قلنا :) لا نكلفه		(الثالثة) أن يتفقا على
٤٥٩	قيمتة فهو كعيب حادث		الرد مع الأرض وذلك جائز
	وان طلب الرد مع غرامة	٤٤٩	أيضا
	أرض العيب واستعادة الثمن		(قلت) وذلك لا يدفع
٤٦٠	أجبر على ذلك		الاشكال فان الإمالة فسخ
	(التنبيه الثاني) قال	٤٥٠	على المذهب
	الإمام : لا صائر الى أنه يرد		(الحالة الرابعة) ان
	ويبقى شريكا في الثوب كما في		تنازعا فيذعن أحدهما الى الرد
٤٦١	المغصوب	٤٥١	مع أرض العيب الحادث

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(فائدة) آدمى ابن الرخصة	٤٦٢	(التنبيه الثالث) أن صاحب التثديب قال : أن يمكنه نزع الصبغ فان رضى البائع بأن يرده
٤٧٢	يدل على أن الأرض في مقابلة سلطنة الرد		(التنبيه الرابع) الذى تخلص مما تقدم أن المشتري أن طلب الرد
٤٧٣	(فرع) مقتضى كلام المصنف وغيره أنه إذا لم ينقص القيمة لا رجوع بالأرض	٤٦٣	(فرع) لو صبغ المشتري الثوب ثم باعه ثم علم بالعيب قطع ابن الصباغ
٤٧٣	(فرع) مع قولنا بأن الأرض جزء من الثمن فالمشهور القطع بأنه لا يبطل العقد	٤٦٤	(آخر) أن كان ثوبا فخطئه استحق الأرض
٤٧٣	(فرع) لو كان العيب في عين قبضت عن دين هل يكون الأرض عنها كما قلناه هنا	٤٦٤	(آخر) لو اشترى عصيرا حلوا فلم يعلم بعيبه حتى صار خيرا فله الأرض
٤٧٤	(فرع) في فتاوى القاضي حسين : اشترى في صحته بمائة ما يساوى مائة فوجد في مرض موته به عيبا	٤٦٤	(آخر) لو اشترى ذهب من ذهب خيرا ثم أسلما فوجد المشتري بالخمر عيبا ينقص العشر من ثمنه
٤٧٤	(فرع) لو وجد بعينه بياضا وحدث عنده بياض آخر ثم زال أحد البياضين واختلفا	٤٦٥	(فرع) اشترى جارية بعبد ثم وجد بالجارية عيبا قديما فردها ووجد بالعبد عيبا حادثا عند بائع الجارية ثم إذا رده حكى الشيخ وجهين (أحدهما) يسترد الثوب مقطوعا ويسترد أرض للنقص
٤٧٤	(فرع) إذا ثبت الأرض فان كان الثمن بعد في ذمة المشتري برىء من قدر الأرض وان قلنا : يعطى حكم المعين في العقد لم يجز إبداله والا جاز	٤٦٥	وإذا أراد الرجوع بالأرض قوم المبيع بلا عيب فيقال قيمته مائة ثم يقوم مع العيب فيقال قيمته تسعون وقد ذكر الفزالي احتباليين في أن الأرض غرم مبتدا أو جزء من الثمن
٤٧٥	وان اختلفت قيمة المبيع من حال العقد الى حال القبض قوم بأقل القيمتين (الشرح) تقدم أن القيمة تعثر معنى لإيجاب الأرض والاعتبار بأنه قيمة فيه طريقان :	٤٦٧	ومقتضى كلام الامام في مسألة الحل أن ذلك اقتضته الضرورة وليس العقد يقتضيه من الاصل
٤٧٦	(أصحها) القطع بأن الاعتبار بأقل القيمتين من قيمة يوم العقد ويوم القبض (والطريقة الثانية) أن في المسألة ثلاثة أقوال (أصحها) هذا	٤٦٨	على أن القول بأنه غرم جديد أيضا ليس صائبا عن أشكال
٤٧٦		٤٧١	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	ولأجل كلام الفارقي هذا		(والثاني) أن الاعتبار
٤٨٢	قال ابن أبي عصرون : انه لا فائدة في اعتبار أقل القيمتين	٤٧٦	بقيته يوم القبض وهو الذي صححه الفزالي في باب التخالف
٤٨٣	قال ابن أبي الدم : وأنا أقول في القلب من هذه المسألة حبكة عظيمة		(والثالث) نقله الراعي عن رواية ابن مقلص أن الاعتبار بقيته يوم القبض وقد رأيته منصوصا في باب الغصب
٤٨٤	وقولا اخترعه قلت : وما قاله ابن أبي الدم من حفظ الأدب صحيح	٤٧٦	واعلم أن هذه المسألة معروفة بالاشكال لاسبها على عبارة المصنف
٤٨٤	(الوجه الثاني) من الكلام على الشاشي	٤٧٧	اعلم أن طائفة من الأصحاب أهملوا التعرض لوقت اعتبار القيمة
٤٨٥	فالجواب أن الاختلاف في قيمة المعيب سببه حدوث الوصف بزيادة أو نقصان	٤٧٧	مثاله : قيمة السليم يوم العقد مائة ويوم القبض ألف أو عشرة
٤٨٥	(فان قلت :) ذلك لا يلائم قوله كان ما نقص في يده مضمونا عليه	٤٧٨	مثال الأول : قيمته في اليومين سليما عشرة ومعيبا يوم العقد تسعة
٤٨٦	(فرع) وهذا الذي قلته وحملت كلام المصنف عليه من أن المراد أن اختلفت القيمة المنسوب اليها	٤٧٨	ومثال الثاني : قيمته معيبا يوم العقد ويوم القبض ثمانية وسليما يوم العقد عشرة ويوم القبض تسعة
٤٨٨	(فرع) عبارة الراعي والجمهور أقل القيمتين من يوم العقد ويوم القبض	٤٧٨	ومثال الثالث : قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعيبا تسعة ويوم القبض سليما تسعة ومعيبا ثمانية
٤٨٨	(فرع) هذا الذي تقدم في معرفة الأرض عن العيب القديم وكلام المصنف مفروض في ذلك	٤٧٨	واذا تأملت الذي ذكرته في القسمين الأولين لم يخف عليك اختلاف الأمثلة وأحكامها في هذا القسم
٤٨٩	(فرع) قال ابن أبي عصرون : المتأخر في مجموع له يتعرض بعضه لألفاظ المذهب	٤٧٩	فعبارة الامام منطردة في الأقسام الثلاثة
٤٨٩	فان كان المبيع اثناء من نضه وزنه ألف وقيمه الفان فكسره ثم علم به عيبا لم يجز له الرجوع بأرض العيب	٤٧٩	(فائدة) قال الفارقي في كلامه على المذهب : هذه المسألة يعنى مسألة الكتاب
٤٨٩		٤٨٠	

الصفحة	الأحكام	المنحة	الأحكام
	(الثانية) أن يتبين أنه كانت له قيمة تافهة كالنقش ولعب الصبيان	٤٩٨	الى التخيير بين جميع هذه المسالك
٥٠٢	(المرتبة الثالثة) أن يفوض له قيمة قبل الكسر معتبرة في صحة ما يراد العقد عليه ثم تبطل بالكسر	٤٩٨	(الثامن عشر) صورة المسألة أن يكون العيب الذي ظهر بالإناء كالكسر ونحوه (التاسع عشر) أن الكلام المذكور لا اختصاص له بالإناء والحل بل هو في كل عقد اشتمل على جنس واحد
٥٠٢	ويأتى الوجوبان المفهومين في المرتبة الثانية من كلام الغزالي	٤٩٨	(العشرون) أن أرش الكسر الذي يفرمه يمكن أن يقال بأنه لا يكون منسوبا من الثمن
٥٠٢	(أحدهما) أن البيع ينفسخ ويرجع بالثمن (والثاني) أنه لا ينفسخ إذا قلنا ذلك ليس من ضمان البائع	٤٩٩	وإن وجد العيب وقد نقص المبيع بمعنى يقف استعلام العيب على جنسه
٥٠٢	(والأصح) أنه من ضمان البائع	٤٩٩	وقال المزي في موضع آخر نبها قولان
٥٠٢	(فرع) قال ابن الرقعة : أنه تظهر فائدة الخلاف بين الأصحاب والقائل أيضا (قلت) أما إذا قلنا : أنه استدراك للظلمة لا يكون إلا طلبه على الفور	٥٠٠	(أحدهما) ليس له الرد إلا أن شاء البائع والمشتري ما بين قيمته صحيحا وفاسدا وكلام الأصحاب أربعة أوجه
٥٠٢	(فرع) أطلق المصنف الكسر في هذا القسم فيقتضى أن لا فرق	٥٠١	(الأصح) أن البيع باطل
٥٠٤	(فرع) أن اختلفا في تسليمه صحيحا أو فاسدا قال قول قول البائع مع بيبته	٥٠١	(والثاني) أنه يصح وينفسخ بعد ذلك ويسترد جميع الثمن
٥٠٤	فإن كان له قيمة كبعض النعامة والبطين الحاض (الشرح) إذا كسر ما لا يوقف على عيبه إلا بكسره	٥٠١	(والثالث) أنه يصح ولا ينفسخ لكن يكون له أرش العيب وهو ههنا الثمن بكياله
٥٠٤	وكان للبائى بعد الكسر قيمة وانفتحت الطرق على حكايتهما	٥٠١	(والرابع) أن البيع صحيح ولا ينفسخ ولا يسترد الثمن بكياله
٥٠٥	(أظهرهما) عند الأكثرين أنه لا يمنع الرد (والقول الثاني) أنه ليس له الرد قهرا كما لو عرف	٥٠١	وطريقه أن يحمل النص على ما لا قيمة له مع فساده في حال صحته فيحصلها على مراتب
٥٠٥		٥٠٢	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٥١١	أن غريم المفلس إذا رجع في العين وقد نقصت	٥٠٥	عيب الثوب بعد قطعه
	وأن كان الأرض جزءاً من الثمن كما اقتضاه كلامهم في مسألة الحل	٥٠٥	وأن قلنا يرد وهو الأظهر فهل يغرم أرض الكسر ؟
٥١٣	(فرع) قال ابن الرقعة : على كل حال فأى وقت نعتبر القيمة فيه ؟ فيه وجهان	٥٠٥	فيه قولان (أحدهما) نعم كالمصراة
٥١٤	(أحدهما) وقت حدوث العيب	٥٠٥	(والثاني) لا ، لأنه معذور فيه والبائع بالبائع كأنه سلطة عليه
٥١٤	(والثاني) أكثر ما كانت من حين القبض الى حين حدوث العيب	٥٠٦	قال الغزالي وهو الأعدل ثم نفيه على أمور :
٥١٤	وأن كسر منه قدراً يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ففيه طريقتان	٥٠٦	(أحدهما) أن طريق الإطلاع على العيب إما أن يكون من ضمان البائع أو من ضمان المشتري
٥١٥	(أحدهما) لا يجوز الرد قولاً واحداً لأنه نقص حدث بمعنى لا يحتاج اليه لمعرفة العيب	٥٠٦	(الثاني) قال الرافعي في المحرر : أنه لا يمنع الرد وإذا رد لم يغرم الأرض على الأظهر
٥١٥	(الشرح) الطريقة الأولى ، هي المذهب . إذا دعى أحدهما الى الأرض والآخر الى خلافه	٥٠٦	(الثالث) قال الإمام : مما يجب التنبيه له أن المسألة التي نحن فيها لا تتميز أصلاً عن تفصيل القول في العيوب الحادثة
٥١٥	(فرع) روى أن مولى لعمرو بن حريث الصحابي اشترى لعمرو بن حريث بيضاً من بيض النعام	٥٠٦	(الرابع) أنه إذا اشترى ثوباً مطوياً فنشره ووقف على عيب به فإن لم ينقص بالنشر فلا يمنع الرد
٥١٦	وأخذ الناس من هذا أن عمراً كان رايه جواز الرد وأن لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع أو اعتقه أو وقفه	٥٠٧	(الخامس) قال المرعشي : في ترتيب الاتسام سبب ذكرته فيها تقدم مختصراً ولابد من ذكره هنا
٥١٦	ثبت له أرض العيب (الشرح) امتناع الرد لعدم إمكانه لأن الرد يعتمد مردوداً	٥٠٨	(السادس) قول المصنف : لا يوقف على عيبه إلا بكسره أحسن من قول من قال مأكوله في جوفه
٥١٧	إذا عرف ذلك فالأرض واجب بطلتين	٥٠٨	فإن قلنا : يلزمه الأرض قوم معيباً صحيحاً ومعيباً مكسوراً
٥١٧	(أحدهما) ما فكره المصنف أنه أبس من الرد	٥٠٩	وقد مال ابن الرقعة الى

الاحكام	المنحة	الاحكام	المنحة
(والتانية) انه لم يستدرك الظلمة وهو مقتضى علة ابى اسحاق فى مسألة البيع وقال ابو حنيفة : لا يرجع بالأرض فيها لأنه فعل مضمون فاشبه ما اذا باعه او امسكه	٥١٧	(الشرح) اذا زال ملكه عن المبيع زوالا يمكن عوده ثم علم بالعيب فلا خلاف انه لا يرد فى الحال (قلت) وهو كذلك فى باب الاختلاف فى العيب (القول الثانى) وهو من ترجيح ابن سريج : له الأرض (قلت) وقد رأيت النص المذكور فى مختصر البويطى فى باب المتاع يشتري فيوجد به العيب	٥٢٥ ٥٢٥ ٥٢٦ ٥٢٦
قال ابن كج : وعندى ان له الأرض فى صورتين (فرع) يستثنى من اطلاق المصنف ما اذا منع مانع من اخذ الأرض (فرع) استيلاد الجارية ماتع من الرد وينتقل الى الأرض كما فى الثلاثة وان لم يعلم بالعيب حتى ابق العبد لم يطالب بالأرض لأنه لم يباس من الرد	٥١٩ ٥١٩ ٥٢٠ ٥٢٠ ٥٢١	ولو كان اليأس هو العلة لما وجب شيء لامكان الرد لكن هل ذلك من كلام البويطى نفسه او من الشافعى ؟ فيه نظر (فائدة) قال الفزالي والامام قبله : ان الخلاف المذكور فى الرجوع بالأرض يقرب من القولين (فرع) على تخرىج ابن سريج : اذا اخذ الأرض ثم رد عليه مشتريه بالعيب فهل يرده مع الأرض ؟ (فائدة) اذا عرفت ذلك فقول المصنف لم يجز له المطالبة بالأرض يشمل ما اذا اطلع المشتري الثانى على العيب ورضى به	٥٢٦ ٥٢٧ ٥٢٨ ٥٢٨ ٥٢٩ ٥٢٩ ٥٣٠ ٥٣٠
اعلم ان الاصحاب اطلقوا ههنا انه لا يمكن من الرد فى مدة الاباق فان قالوا : لا يمكن المطالبة عند الحاكم بالثمن المقبوض الا مع تسليم العيب فعند غيبته تتعذر الدعوى (فرع) فى مذاهب العلماء الدعوى فى هذه المسألة اذا اطلع بعد الاباق ان كان آبقا فان لم يعلم بالعيب حتى باعه لم يجز له المطالبة بالأرض	٥٢١ ٥٢٢ ٥٢٣ ٥٢٣ ٥٢٤ ٥٢٤	(الشرح) هذا لا خلاف فيه وهو مصلل عن الاكثرين بالمعنى الأول	٥٣٠ ٥٣٠ ٥٣٠ ٥٣٠ ٥٣٠ ٥٣٠

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	فإن لم يعلم بالعيب حتى وهبه من غيره فإن كان	فيه وهو مطلق عند الأكثرين (قلت) وهذه العبارة	
٥٣٨	بمعرض فهو كالبيع وقد بيناه هذا بين لا اشكال فيه الا	٥٣١	بظاهرها منكراً على الصحيح من المذهب
	أن الهبة بمعرض بيع وحينئذ تأتي فيها الأقسام والأحكام	٥٣١	(فرع) ليس للمشتري الثاني رده على البائع الأول
٥٣٨	المذكورة كلها		وإن حدث عند الثاني عيب مرجع على الأول
	وإن وهبه بغير عوض لم يرجع بالأرض لأنه لم يئأس	٥٣١	بالأرض رجع هو على بائعه لأنه أيس من الرد
٥٣٨	من الرد (الشرح) هذا هو الصحيح تقريباً على أن		وأقول يعون الله تعالى ما ذكره الرافعي والنفوي من
٥٣٨	المعتبر اليأس (تنبيه) الهبة قد يسمى فيها عوض ولا شك أن حكمها	٥٣٢	الترتيب مبنى على ما تقدم عنهما
٥٣٩	حكم البيع (فرع) قال صاحب التهذيب : قال بعض		(فرع) هذا الذي ذكرناه كله ما دام البيع باقياً أما
	أصحابنا : لو كان وهبه من ابنه فلا يرجع لأنه يمكنه أن يرجع في الهبة ثم يرد كما	٥٣٤	لو تلف بعد حدوث العيب أو دونه
٥٣٩	لو لم يخرج عن ملكه فإن رجع إليه ببيع أو هبة أو أوثق فله الرد بلا خلاف	٥٣٤	وإن تلف في يد الثاني وقتلنا بتعليل أبي إسحاق لم يرجع لأنه استدراك ظلالة
	لأنه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة (فرع) باع زيد عمراً	٥٣٤	(الشرح) إذا تلف في يد المشتري الثاني أو كان عبداً فأعتقه أو أمة فاستولدها
٥٤٠	شئنا ثم اشتراه منه وظهر فيه عيب كان في يد زيد	٥٣٤	أو وقف المبيع وإن رجع المبيع إليه ببيع أو هبة أو بارث لم يرد على
٥٤١	(فرع) لو تلف في يد الموهوب له فلم يشتري الوهاب الرجوع قولاً واحداً	٥٣٥	تعليل أبي إسحاق وأما بقية الطرق المود
٥٤٢	(فرع) هذه الأحكام المتقدمة في كلام المصنف	٥٣٦	من الهبة ونحوها فلا تأتي فيها هذه الأوجه
٥٤٢	(فرع) لو لم يخرج المبيع عن الملك ولكن تعلق به حق كرهن أو كتابة	٥٣٦	واعلم أن طريقة المصنف والجمهور في البناء لا اشكال فيها
٥٤٤			(فرع) أعلم بأننا إذا قلنا : الزائل العائد كالذي لم يعد كما صححه الفزالي لم يبق لنا بعد بيع المشتري الأول

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٥٥٢	الصفة الكاملة بعد البيع وقبل القبض يثبت الخيار (فائدة) الرجوع في العيب الى العرف له نظائر في الفقه فان اشترى عبدا فوجده أعمى أو أعرج أو أبرص أو مريضا أو أبخر أو مقطوعا أو أقرع أو زانيا أو سارقا ٥٥٢	٥٤٥	(فرع) الثمن المعين اذا خرج معيبا يرد بالعيب كالمبيع
٥٥٣	وقال العجلي : اذا صاب العبد مرض وكان يزول بالمعالجة السريعة فلا خيار ٥٥٣	٥٤٦	(فرع) باع عبدا بالف واخذ بالآلف ثوبا ثم وجد المشتري بالعبد عيبا ورده (فرع) اختلفا في الثمن بمقدار رد المبيع فمن ابن أبي هريرة قال : اعيتني والأولى أن يتخالطا وتبقى السلعة في يد المشتري ٥٤٦
٥٥٤	وقال الغزالي في الوسيط : اعتياد الإباق والسرقة والزنا عيب ٥٥٤	٥٤٧	(فرع) لو احتيج الى الرجوع بالأرثى فاختلفا في الثمن فمن زواية القاضي ابن كحج فيها قولان ٥٤٦
٥٥٤	وراء ذلك ثلاثة أمور (أحدها) أن هذه الثلاثة اذا تكررت في يد البائع واشتهرت ثم وجدت في يد المشتري ولم يكن علم بهما فله الرد ٥٥٤	٥٤٧	اتفق الثمانى وأكثر العلماء على أن المشتري اذا رد المبيع بعيب وكان الثمن باقيا أنه يأخذه
٥٥٥	(فرع) لو وجد الإباق والسرقة والزنا ونحو ذلك في يد البائع وارفع مدة محيدة فان رده المشتري الثانى (فرع) لا يشترط أن توجد هذه الأشياء في يد البائع ٥٥٦	٥٤٧	والمعيب الذى يرد به المبيع ما يعده الناس عيبا (الشرح) لما تقدمت أحكام العيب احتاج الى تعريفه فعمد هذا الفصل لذلك ٥٤٨
٥٥٦	ولا يشترط تكرار الجناية منه أيضا ٥٥٦	٥٤٩	وأما ثبوت الرد بوجوده في يد البائع فيمكن أن يكون أبو الطيب يقول به ويجعله ميبا ٥٤٩
٥٥٦	(فرع) في مذاهب العلماء قال الثوري وإسحاق في الصبى يسرق ويشرب الخمر ويأبى : لا يرد بعيب حتى يحتلم ٥٥٦	٥٥٠	وإن جمعنا ما قاله أبو الطيب بعد القبض وما قاله صاحب التهذيب قبله (والجواب) عن هذا أن الثمن اذا كان معيبا نحكمه حكم المبيع ٥٥١
٥٥٦	(فرع) قول المصنف عبد على سبيل المثال فالأمة كذلك وبعض العيوب المذكورة يشترك فيها سائر الحيوانات ٥٥٦	٥٥١	(قلت) والعيب في الزكاة كالمبيع على الأصح (فرع) قد تبين لك زوال

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(ومنها) على ما قال الجورى : اذا باع عبدا قد نذر صوم شهر بعينه	٥٥٦	(فرع) ومن أمثلة العيوب أيضا الجب وهو داخل في قول المصنف : مقطوعا والصئبان في الاءاء والعبيد اذا كان مستحكما مخالفا للعادة
٥٥٩	(ومنها) تعلق الدين برقبتهما ولا رد بها يتعلق بالذمة	٥٥٦	وقال الفقهاء في صفة الائمة : هو : هو الذى يدغم حرفا في حرف على خلاف الادغام الجائز في العربية (ومنها) كونه فاقسد الذوق أو شيء من الحواس الخمس وان كان بعضها تقدم الشعر أو الظفر
٥٦٠	(ومنها) ضمور الكعبين وانقلاب القدمين الى الوحشى والخيالان الكثيرة ، وآثار الشجاج والقروح	٥٥٧	(ومنها) كونه ذا قروح أو ثآليل كثيرة أو بهق وهو بياض يعترى الجلد (ومنها) كونه نماما أو ساحرا أو قاذفا للحصنات أو كذابا أو به نفخة طحال
٥٦١	ومن العيوب كون الدابة جموحا أو عضوضا أو رهوحا أو حثيثة المشى ولو اشترى أرضا يتوهم ان لا خراج عليها فبان خلافه فان لم يكن على مثلها خراج فله الرد	٥٥٧	(ومنها) كونه خنثى مشكلا أو غير مشكل قال الراعى : انه ان رجلا وكان يبول من فرج الرجال (ومنها) كونه وصل شعره بشعر غيره
٥٦١	ومن العيوب نجاسة المبيع اذا كان ينقص بالفسل (فرع) قال الهروى : فصل في عيوب العبيد والجوارى التى اجتمع عليها	٥٥٨	(ومنها) كون العبد مخنثا أى ممكنا من نفسه من عمل قوم لوط (ومنها) كون الجارية رتقاء أو قرناء أو مستحاضة أو معتدة
٥٦٢	البخاثون وافتى بها المفتون (فرع) قال الزبيرى في المقتضب : لو اشترى دارا بحدودها ثم علم أن أحد حيطاتها ليس لها فله الخيار (قلت :) وينبغى أن يكون ذلك على تفريق الصفة لأن الإشارة تشمل الجميع ومن جملتها الجدار الذى تبين أنه ليس لها	٥٥٨	(ومنها) وقد تعرض له الشافعى أن يكون كل منهما العبد والامة أحرم باذن السيد (قلت :) ولنا وجه أنه ليس للبائع تحليله
٥٦٣	وان وجده يبول في الفراش فان كان صغيرا لم يرد ، لأن بول الصغير معتادا فلا يعد عيبا وان كان كبيرا رد ، لأن ذلك عاعة ونقص (الشرح) اذا كان صغيرا	٥٥٩	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٥٦٨	له الرد لأن كفره لا ينقص (الشرح) هذا موافق لصاحب التتمة ومخالف لصاحب التهذيب والرافعي في التفصيل	٥٦٣	فلا خلاف في أنه ليس بعيب ، سواء في ذلك الطفل والطفلة
٥٦٨	وان اشترى أمة فوجدها مزوجة أو عبدا فوجده مستأجرا ثبت له الرد	٥٦٤	وان اشترى عبدا وكان يبول في فراشه ولم يعلم الا بعد كبر العبد
٥٦٩	(الشرح) هذا كما قال لأن المزوجة يستحق الزوج تسليمها في بعض الأوقات	٥٦٤	وان وجده خصيا ثبت له الرد لأن العقد يقتضي سلامة الأعضاء وهذا ناتص
٥٦٩	وان اشترى شيئا فقبين انه غبن في ثمنه لم يثبت له الرد لحديث حبان بن منتقذ	٥٦٤	(الشرح) الخصي الذي نزعتم خصيتاه وسلتا وقيل : من قطعت أنثياه مع جلدتها
٥٧٠	(الشرح) هذا الحديث ذكره المصنف في أول كتاب البيوع فيكتفى بكلام النسوي عليه	٥٦٤	وان وجد غير مختون — فان كان صغيرا — لم يثبت له الرد لأنه لا يعد ذلك نقصا في الصغير
٥٧٠	وقال أصحابنا : لا يثبت الخيار بالغبن سواء اتفاحش أم لا	٥٦٤	(الشرح) هذا كما قال وضبط الروياني الصفر بسبع سنين فما دونها
٥٧١	(فرع) فيما نتوهم أنه عيب وليس بعيب ولا رد فيه	٥٦٥	وان اشترى جارية فوجدها مغنية لم ترد لأنه لا تنقص به العين ولا القيمة
٥٧٢	وان اشترى عبدا بشرط انه كاتب فوجده غير كاتب أو على انه يحسن صنعة فوجده لا يحسن صنعة	٥٦٥	(الشرح) هذا مذهبننا وعن مالك أن له الخيار لأن الغناء حرام ، وذلك نقص فيها
٥٧٤	(الشرح) هذا الفصل للسبب الثالث من أسباب الخيار وهو اختلاف ما ظن بالالتزام الشرطي	٥٦٥	وان وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد لأن الثيوبية والكبر ليس بنقص
٥٧٤	(فرع) قال القاضى حسين : ولو شرط أنه حجام لما خلف ثبت الخيار ، وان كان صادقا في جملة الحرف	٥٦٦	فان وجد المملوك مرتدا أو وثنيا ثبت له الرد لأنه لا يقر على دينه
٥٧٥	وان اشتراه على انه نحل فوجده خصيا ثبت له الرد ، لأن الخصي أنقص من الفحل في الخلقة	٥٦٦	وان وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد
٥٧٦		٥٦٦	(الشرح) كثير من الأصحاب أطلقوا هذا الحكم فان وجد المملوك مرتدا أو وثنيا ثبت له الرد
		٥٦٦	(الشرح) الردة عيب تطعما في المملوك الذكر والأنثى وان وجده كتابيا لم يثبت

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(الشرح) المسألة الأولى		(الشرح) المسألة الأولى
	لا خلاف فيها لفوات الغرض		لا خلاف فيها لفوات الغرض
٥٧٦	القوى	٥٧٦	القوى
٥٨١	وان اشتراه على أنه مسلم	٥٧٧	فوجده كافرا ثبت له الرد
	(الشرح) هذه أيضا	٥٧٧	(الشرح) هذه أيضا
٥٨١	لا خلاف فيها لفوات الغرض	٥٧٧	المقصود القوى
٥٨٢	وان اشتراه على أنه كافر	٥٧٧	فوجده مسلما ثبت له الرد
	وقال المزني : لا يثبت له الرد	٥٧٧	(الشرح) المذهب ثبوت
٥٨٣	الرد في ذلك وبه قال أحمد		لا لنقيصة ظهرت ولكن لأنه
٥٨٣	قد يكون غرضه التجارة	٥٧٧	(فرع) هذه المسألة
	أيضا مما يشهد لرجحان عبارة	٥٧٨	النووي على عبارة الرافعي
٥٨٣	(فرع) الفرق بين البيع	٥٧٩	والنكاح حيث لم يثبت الخيار
	في النكاح على الأصح		(فرع) صورة مسألة
٥٨٣	الكتاب فيما إذا كان المشتري	٥٧٩	مسلمها والبائع مسلما فلو كان
	المشتري كافرا اكتفت على		شراء الكافر للمسلم والأصح
٥٨٣	فساده	٥٧٩	(الشرح) هذا لا خلاف
	فيه لفوات الغرض ونقصان		المسألة وهي من القسم
٥٨٥	الأول لشرط الكتابة وحسن	٥٧٩	الصناعة
٥٨٥	وان اشتراها على أنها	٥٨٠	ثيب فوجدها بكرا لم يثبت له
	الرد لأن البكر أفضل	٥٨٠	(الشرح) القول بأنه
٥٨٥	لا يثبت له الرد هو الأصح	٥٨٠	(فرع) لو شرط كونه
	مختونا فبان أكله الرد	٥٨٠	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(أحدهما) أن المسألة		للمشتري — إذا صححنا
٦٠٧	على ثلاثة أقوال :		البيع — ولم يحصل القصاص
	أحدها : أنه يبرأ من كل	٦٠٣	— فإن كان بعد الفداء —
	عيب لأنه عيب رضى به		(فرع) إذا باعه ولا جناية
٦٠٧	المشتري فبرىء منه البائع		منه ولكنه كان قد حفر بئرا
	والثاني : لا يبرأ من شيء		في محل عدوان قبل البيع
	من العيوب لأنه شرط يرتفق	٦٠٤	فتردى فيها
	به أحد المتبايعين فلم يصح		(فروع) وطء الجارية
٦٠٧	مع الجهالة	٦٠٤	الجانية لا يكون التزاما للفادى
	والثالث : أنه لا يبرأ الا من		(مائدة) أجمعوا إذا كان
	عيب واحد وهو العيب		في يد العبد مال وهو مأذون
٦٠٨	الباطن في الحيوان		أن الدين في ماله والجناية
	(والطريق الثانى) أن	٦٠٤	في رقبته
	المسألة على قول واحد وهو		(فرع) لو اشترى عبدا
	أنه يبرأ من عين باطن في		وبه مرض أو جراحة فزاد
	الحيوان لم يعلم به ولا يبرأ		ذلك في يد المشتري ولم يعلم
٦٠٨	من غيره	٦٠٤	ثم علم حال الاستقصاء
	(الشرح) هذا الفصل		وأن اشترى عبدا مرتدا
	باب مستقل بوب عليه المزنى	٦٠٥	فقتل في يده ففبه وجهان
٦٠٨	والأصحاب بباب بيع الرأفة		في قول أبى إسحاق ينفخ
	قال البيهقي أن أصح	٦٠٥	البيع ويرجع بالثمن
	ما رواه في الباب حديث سالم		(الشرح) بيع العبد
	وهو المذكور من رواية مالك		المرتد صحيح على المذهب
٦٠٩	في قضاء عثمان		كبيع العبد المريض المشرف
	وأما العلماء فاختلّفوا على	٦٠٥	على الهلاك
٦٠٩	مذاهب		وأن قتل العبد في المحاربة
	(أحدها) أن يبرأ من كل		وانحتم قتله فتد ذكر الشيخ
	عيب علمه البائع أو لم يعلمه		أبو حامد في التعليق أن البيع
	وهو مذهب أبى حنيفة	٦٠٦	باطل لعدم المنفعة
٦٠٩	وأبى ثور		(الشرح) إذا قتل في
	(والثاني والثالث) أنه		المحاربة فإن تاب قبل أن يقدر
	لا يبرأ من شيء من العيوب	٦٠٦	عليه فالقود ههنا متحتم
٦١٠	واختلفت عبارة هؤلاء		(الطريقة الثانية) ما قاله
	(والثالث) أنه لا يبرأ من		القاضى أبو الطيب أنه كبيع
	شيء حتى يضع يده عليه		الجاني يعنى عمدا فيصح
٦١٠	كما تقدم عن شريح وعطاء	٦٠٧	على الأصح
	(الرابع والخامس		إذا باع عينا بشرط البراءة
	والسادس) أنه لا يبرأ من	٦٠٧	من العيب ففيه طريقان

الاحكام	الصفحة	الاحكام	الصفحة
(احدهما) ان تكون العيوب		الصيب الباطن الذي لم يعلم	
مما لا يعين كالسرقة والابق،		به في الحيوان خاصة كقول	
فتصح البراءة فيها بالتسبية	٦١٥	عثمان	٦١٠
(والنوع الثاني) ان تكون		(السابع) قول ثان للملك	
مما يعين كالبرص والقروح		وقال ابن عبد البر : ان	
فلا تكفى التسبية حتى يقف		مالكاً رجع اليه : انه لا يبرا	
عليها	٦١٥	بذلك الا في الرقيق خاصة	٦١٠
(قلت) وهذا معنى قوله		(والثامن) قول ثالث	
في المختصر : ولو سماها		لمالك وقيل : انه الذي رجع	
لاختلافها	٦١٥	اليه انه لا ينتفع بالبراءة الا في	
(فرع) ادعى الرافعي انه		ثلاثة اشياء فقط	٦١٠
لا خلاف في البراءة اذا شرط		(والتاسع ان البيع	
البراءة من الزنا والسرقة		باطل كما هو قول في المذهب	
والابق لان ذكرهما اعلام	٦١٦	خارج من التفريع على القول	
(الضرب الثالث) ان يبرا		الثاني	٦١١
اليه من كل عيب من غير ان		(والطريق الثاني) القطع	
يسمياها ولا يقف المشتري		بهذا القول الثالث	٦١١
عليها فهو محل الاقوال		(والطريقة الخامسة)	
والطرق المتقدمة	٦١٧	القطع في الحيوان بالفرق بين	
(فرع) في الاستدلال		المعلوم وغيره ، واجراء	
للاقوال المذكورة غير القول		الاقوال الثلاثة في غير الحيوان	٦١٢
الظاهر من المذهب واجوبتها	٦١٧	والجوري نقل هذا النص	
(فرع) في الاستدلال		عن رواية حرملة ،	
لقول الظاهر من المذهب		والسوردي ذكر هذا النص	٦١٤
الحجة في ذلك ما ذكره		واضعف للطرق الطريقة	
الشافعي	٦١٨	الرابعة المأخوذة من الامام	٦١٤
وقول الصحابي حجة		(فرع قسم السوردي	
مقدمة على القياس على		البيع بشرط البراءة الى ثلاثة	
المذهب القديم	٦١٩	اضر	٦١٥
واما على الجديد فلانه		(احدها) يبرا من عيوب	
يرى ان قول الصحابي مع		سماها ووقف المشتري عليها	
القياس الضعيف المسمى		فهذه براءة صحيحة وبيع	
بقياس التقريب	٦١٩	جائز	٦١٥
وقال الجوري : ان قول		(الضرب الثاني) ان يبرا	
الصحابي الذي ليس له مخالف		من عيوب سماها ولم يقف	
انها يكون حجة في الجديد اذا		المشتري عليها فهذا على	
اعتضد بضرب من القياس	٦٢٠	نوعين	٦١٥

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	وأما قولي : الأمر عندنا وما سمعت أهل فهو قول من أرتضيه واقتدى به وما اخترته من قول بعضهم ٦٢٤		وقال البندنيجي في مقدمة كتاب الذخيرة : قال الشافعي في أدب القاضي : ولا يجوز لأحد من أهل العلم أن يقلد أحدا غير رسول الله ﷺ ٦٢٠
	(التثريح) وقد ذكره المصنف - أن قلنا : الشرط باطل متى بطلان البيع وجهان وقال الإمام أظهرهما أنه ظاهر قول الشافعي ٦٢٤		أما حكمه فإن كان بعد استشارة الصحابة فاجماع والا فإن انتشر ولم ينكر فالذي سمعت الشيخ يقول : ليس بحجة وهو بمنزلة قول الواحد ٦٢١
	وعلم أن قضاء عثمان على ابن عمر رضي الله عنهم باليمين أنه ما علم . نص في أن البيع صحيح ٦٢٤		فهذا النص من الشافعي يدل على أنه يقول بقول الصحابي في بعض المواضع وفي القياس الخفي وهو الشبه وجهان ٦٢٢
	لكن يشكل عليه قول عثمان : تحلف أنك ما علمت (والوجه الثاني) وهو الذي قدمه في التنبيه أنه يبطل كسائر الشروط الفاسدة ٦٢٥		(أحدهما) يقدم على قول الصحابي ٦٢٢
	وقال الاكثرون غيره : انه فاسد ٦٢٦		(والثاني) يقدم قول الصحابي عليه وهو قول أبي حنيفة ومن لا خبرة له من أصحابه ٦٢٢
	قلو اختلفنا في عيب هل هو حادث أو قديم ؟ قال الماوردي : ففيه وجهان من اختلاف أصحابنا في اختلاف العلة ٦٢٦		(الأمر الثالث) انه اذا كان الأمر كذلك فلم سماه الشافعي تقلدا ٦٢٣
	(فرع) قد اجتمع في الشروط مع العقد ثلاثة أقوال يصحان ويفسدان ، يصح العقد ويفسد الشرط ٦٢٧		(الرابع) في قول مالك رضي الله عنه في ذلك الأمر المجتمع عليه عندنا هو في هذا الموضع وغيره من هذه المشكلات التي استشكلها إمامنا الشافعي ٦٢٣
	(تنبيه) عرفت بما تقدم أن المذهب فساد الشرط في غير الحيوان وصحته في الحيوان مع التفصيل في البراءة ٦٢٧		قال اسماعيل بن أبي أويس : سألت خالي مالكا عن قوله في الموطأ الأمر المجتمع عليه والأمر عندنا يفسره لي ٦٢٣
	(فرع) لو شرط أن لا يرد المبيع بالعيب القديم والحادث في ضمانه قال القاضي حسين : يبطل البيع قولا واحدا ٦٢٨		نقال : أما قولي : الأمر المجتمع عليه عندنا الأمر الذي لا اختلاف قديما ولا حديثا ٦٢٤

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(قلت) والتصرية لما		(فرع) شغف بمض
	كانت ملحة عند الأكثرين		الوراقين في هذا الزمان بأن
	بالعيب وعند بعضهم بالخلف	٦٢٨	يجمل بدل شرط البراء :
٦٢٩	لم تكن خارجة عن ذلك		اعلم البائع المشتري أن
	وأما الخيار الحاصل	٦٢٨	بالمبيع جميع العيوب ورضى به
	بسبب الاجبار في المراجعة فهو		(فرع) يختتم به الباب
٦٢٩	راجع الى العيب لأنه كالعيب	٦٢٩	يعنى باب الرد بالعيب
	في المبيع		

* * *